جـــامعـــة الجـــزائـــر

معـهـد الحقـوق والعلـوم الادارية

[بـن عكنـون]

الدفع بالنظام العام فى القانون الدولى الخاص

(دراسة مقارنة)

بحث لنيل دبلوم الماجستير
فى العقود والمسؤولية



اعداد / بلمامى عمر

تحت اشراف / الاستاذ الدكتور : علي علي سليمان

لجنة المناقشة :

- الاستاذ الدكتور ....
- الاستاذ الدكتور ....
- الاستاذ الدكتور ....

السنة / 1986

- 0 - بسم الله الرحمان الرحيم - 0 -

مقدمة :

يعتبر الدفع بالنظام العام ظاهرة عالمية معروفة في كل دول العالم .

وليس هناك مبدأ مختلفا عليه في تنازع القوانين اكثر من مبدأ النظام العام ، نظرا للاختلاف البين حول تعريفه و تحديد نطاقه ومجالات استخدامه في القانون الدولي الخاص، فهو ينفرد دون غيره من المواضيع القانونية الأخرى بظاهرة عدم انضباطه ومرونته وتغيره حسب الزمان و المكان.

و النظام العام ذو مفهوم واسع جدا ، فهو يشمل جميع فروع القانون .

غير أن ما يعنينا في هذه الدراسة ،هو النظام العام في القانون الدولي الخاص، أي النظام العام الذي له علاقة بتنازع القوانين فقط .

وعليه فلا نتعرض في دراستنا هذه لما يسمى بالنظام العام الداخلي الذي يتكون عادة من مجموعة من القواعد الآمرة أو الناهية التي لا يجوز للأفراد الأتفاق عليها ،والتي نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري

أنه (اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا).

و كذلك المادة 97 من نفس القانون التي نصت (اذا التزم المتعاقد، لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا).

ذلك ان مبدأ النظام العام في القانون الداخلي يستهدف اساسا عدم الخروج عن احكام القواعد القانونية الآمرة او الناهية في دولة القاضي ، وان كان هذا لا يعد خروجا استثنائيا عن مبدأ النظام العام بصفة عامة ، كما سنرى ذلك بالتفصيل عند عرضنا للمقارنة بين دور فكرة النظام العام في القانون الداخلي و دورها في القانون الدولي الخاص .

كما لا نتعرض كذلك لما يسمى بالنظام العام الدولي، الذي يتمثل في مجموعة المبادىء المشتركة السائدة بين كافة الدول المتحضرة ،ومن امثلة هذه القواعد المتفق عليها في الأمم المتحضرة و التي تعتبر من النظام العام الدولي ، تحريم القرصنة الدولية و تحريم التهريب الدولي و غير ذلك من الموضوعات الأخرى .

فالذي نعالجه هنا هو مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي اشارت اليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري ، ودوره في استبعاد القوانين الاجنبية

الواجبة التطبيق ، وشروط هذا الاستبعاد ، والأثار القانونية المختلفة التي تترتب على هذا الاستبعاد.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع المتميز في تنازع القوانين والدور الوقائي الذي يلعبه في الحفاظ على الاهداف الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، باعتباره وسيلة قانونية يستعملها القاضي ضد القوانين الأجنبية التي تتناقض مع مبادىء واسس مجتمعه ، وحتى يتسنى لنا ادراك عمق هذه الفكرة ، فقد بدأنا هذه الدراسة بفصل تمهيدي ، تناولنا فيه بايجاز تطور فكرة النظام العام عبر المدارس الفقهية القديمة والحديثة التي تناولت هذا الموضوع .

ثم اعقبنا هذا الفصل ببابين:

الباب الاول ، عرضنا فيه النظرية العامة للنظام العام وينقسم هذا الباب بدوره الى فصلين :

الفصل الاول ، دور النظام العام في القانون الدولي الخاص وعلاقته ببعض المفاهيم الأخرى ،تناولنا في هذا الفصل الموضوعات الآتية :

في المبحث الاول ، عرضنا دور فكرة النظام العام في القانون الداخلي و دورها في القانون الدولي الخاص و الانتقادات التي وجهت الى هذا التقسيم أو الازدواجية في النظام العام .

اما في المبحث الثاني ، فقد عرضنا فيه التفرقة بين النظام العام و القوانين ذات التطبيق الفوري او المباشر نظرا للعلاقة الوطيدة بين هذين الاصطلاحين في القانون الدولي الخاص .

و في المبحث الثالث ، من هذا الفصل عرضنا أهم الفروق بين النظام العام و الغش نحو القانون على اساس ان هناك من حاول ان يدمج النظام العام في الغش نحو القانون، والاكتفاء بنظرية الغش وبعبارة أخرى هناك من حاول ان يجعل النظام العام صورة من صور الغش نحو القانون .

وفي المبحث الرابع ، عرضنا العلاقة بين النظام العام و الاداب .

اما في الفصل الثاني ، من هذا الباب فتناولنا فيه مفهوم النظام العام و شروط اعماله

في المبحث الأول ، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص.

وفي المبحث الثاني ، شروط اعمال الدفع بالنظام العام .

المبحث الثالث ، طبيعة الدفع بالنظام العام .

وفي الباب الثاني ، تناولنا فيه اثار الدفع بالنظام العام

و ينقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : الأثار العامة للدفع بالنظام العام

المبحث الأول : عرضنا فيه للقانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام .

وفي المبحث الثاني ، تناولنا نطاق هذه الحلول او مدى استبعاد القانون الأجنبي .

اما الفصل الثاني ، من هذا الباب فقد تناولنا فيه ، الأثار المخففة للنظام العام الذي ينقسم الى أربعة مباحث :

المبحث الأول ، التمييز بين انشاء الحقوق و التمسك باثارها .

المبحث الثاني ، الاثر الانعكاسي للنظام العام

المبحث الثالث ، آثر الاتفاقيات الدولية في اعمال فكرة النظام العام .

المبحث الرابع ، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على اعمال الدفع بالنظام العام .

الخاتمة : حقيقة الدفع بالنظام العام .

===============

الفصل التمهيدي

تطور فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين

ليس عدفنا من هذا الفصل بطبيعة الحال أن ندخل في تفاصيل تاريخية مطولة ، بل كل ما نهدف اليه هو القاء نظرة وجيزة على الافكار المختلفة التي ارتبطت أو صاحبت فكرة النظام العام منذ نشوئها .

يبدو أن فكرة النظام العام قد ارتبطت بظهور مسألة تنازع القوانين التي يفترض لتحقيقها وجود تشريعات دولية مستقلة لكل منها سيادتها الخاصة بها ، ووجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي على الاقل(1) حتى يتسنى طرح مسألة تطبيق القوانين أو استبعادها من ميدان التطبيق ، اذا ما تعارضت مع المفاهيم الاساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، وهذا ماكانت تفتقر اليه المجتمعات القديمة التي تميزت بالانغلاق على نفسها عن طريق توفير الاكتفاء الذاتي لافرادها و التعصب لنظمها . (2) .

وقد ترتب على هذه الاوضاع عدم اعطاء فرصة لتطبيق القوانين فيما بين الدول أو الدويلات التي كانت موجودة آنذاك .

1ـ د. جابر جاد عبد الرحمن =تنازع القوانين ط 1969=ص= 45

2ـ د . عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص جـ . 2 . ص . 480 .

فماهي الأسباب أو العوامل التى ساعدت على ظهور مسألة تنازع القوانين ، وعلى أي اساس تم استبعادها ،وماهي الاجواء التى مهدت لنشوء فكرة النظام العام فى ظل مسألة تنازع القوانين ؟

إن المتتبع للتطور التاريخي للقوانين يدرك للوهلة الأولى ان مسألة تنازع القوانين لم تبرز الى الواقع العملي صدفة أو فجأة ،وانما ظهرت بصورة تدريجية وارتبطت بظروف وعوامل اجتماعية واقتصادية هيأت لنشوئها.(1)

فمن الثابت تاريخيا ان المجتمعات القديمة فى بداية تطورها كانت تعيش فى عزلة شبه تامة عن بعضها البعض، ولكل قبيلة نظامها الخاص يحكم افرادها ،فلم يكن للاجنبي الحق فى ان يقيم خارج قبيلته ،واذا ذهب الى قبيلة أخرى فلم يكن يعترف له بحق يذكر بل ان الفلاسفة اليونانيين القدامى قد اعتبروا الأجنبي مساويا للحيوان.(2)

وطبقا لقانون مانو الهندى كان الأجنبي يعتبر

---

1 ـ د.على صادق هشام = دروس فى القانون الدولى الخاص، ط 1986 ، ص 21.

2 ـ د.على على سليمان = مذكرات فى القانون الدولى الخاص الجزائرى ، ط 1986 ، ص 16.

: أحط من المنبوذ الذي يعيش على هامش الجماعة .

وفي الصين القديمة ،كان الصيني يعتبر أنه وحده انسان ،وان الاجنبي حيوان يؤكل (1) .

أما القانون الروماني باعتباره اكثر النظم في ذلك الوقت تطورا ،فلم يكن هو لآخر يعرف مسألة تنازع القوانين ومن باب أولى عدم التطابقية لامكانية تطبيق قوانين اجنبية داخل الامبراطورية الرومانية ،ذلك ان القانون الروماني في بداية عهد تطوره لم يكن ليهتم أوليضع في اعتباره مسألة الاجانب أو الاعتراف لهم بقوانينهم ،بل لقد اعتبر الرومان (2) نظمهم كتراث مقدس يحتفظون به لانفسهم ولا يمكن العدول عنه بأي شكل من الاشكال ،بل كانوا يعاملون الاجنبي معاملة العبيد ،فلم يكن للاجنبي حق التصرف ،ولا حق التملك (2) ،ولا حق المقاضاة ،بل لم يكن للاجنبي حق الاستفادة من القوانين المدنية (3)

كل هذه الاجواء أو الظروف التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة لم تسمح بطرح مسألة تنازع القوانين .

---

1 ـ د عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ،جـ 2 ،ط 1977 ، ص 13
2 ـ د .جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين .ط 1969.ص ، 56 .
3 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الجزائري ط . 1984 . ص ، 16 .

ممماسبق ذكره نستطيع القول بأن فكرة النظام العام لم تبرز في تلك المجتمعات ، ذلك ان اساس قيامها يفترض وجود تشريعات دولية مستقلة وتعاونا قائما بين الدول في مختلف المجالات .

غير أن هذه الوضعية الجامدة و الانغلاق المطبق الذي ساد المجتمعات القديمة لم يستمر على هذا المنوال ، نتيجة لبروز عدة عوامل أدت الى ظهور عهد جديد ، وهو مايسمى بعهد الفتوحات الاجنبية ، ذلك العهد الذي غير في كثير من المفاهيم و الافكار التي كانت سائدة آنذاك في هذه المجتمعات نتيجة الاختلاط أو الاحتكاك بمجتمعات أخرى (1) .

ولمواكبة هذا التطور وهذا التغيير الذي حصل ، كان لابد من البحث عن حلول معينة لمراجهة هذا الواقع الاجتماعي الجديد ، عن طريق التفكير في كيفية التعايش بين شعوب تنتمي الى حضارات مختلفة قصد المحافظة على النظم المحلية من الغزو الاجنبي وحمايتها من الاندماج في القوانين الاجنبية لكي تبقى محافظة على مميزاتها المستقلة ،

فوضع الرومان للاجانب قانون الشعوب (2) ("JUS GENTIUM")

وانشأوا لهم قاضيا خاصا (بريتور) ("PRETEUR PREGRIN")

---

1 ـ د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية سنة 1969 ص 32 .

2 ـ د. على على سليمان = مذكرات في القانون الدولى الخاص الجزائرى ط ، 1984 ، ص 17 .

الى جانب البريتور الذي يطبق احكام القانون المدني على الرومانيين . (1)

وهنا بدأت تظهر بوادر التنازع بين القوانين في روما ، لاسيما بين القانون المدني ، وقانون الشعوب .

غير أن هذا التنازع بين القانون المدني وقانون الشعوب لم يكن تنازعا حقيقيا بين القوانين الدولية الخاصة ، وانما كان تنازعا داخليا يصدر عن سلطة واحدة وهي سلطة الامبراطور الروماني .

ولما ظهر نظام الاقطاع (2) (FEODALITE) تغيرت المعطيات وساد الانغلاق من جديد بين الاقطاعيات التي نشأت على اثر تفكك الامبراطورية الرومانية فاصبحت كل اقطاعية تنظم امورها بنفسها بعيدة عن كل التأثيرات الخارجية ، ففرضت انظمتها على جميع الاشخاص المقيمين داخل حدودها بما في ذلك الاجانب منهم ، فلم يسمح بتطبيق قانون آخر غير القانون الاقليمي ، واعتبر هذا القانون في كل الاحوال مختصا و ساريا على جميع الاشخاص والاموال الموجودة في الاقليم ، فكان هذا سببا رئيسيا في عدم ظهور تنازع القوانين . (3) .

---

1 ـ د . عز الدين عبد الله = المرجع السابق ، ص 56 .

2 ـ د . حسن الهداوي = المرجع السابق ، ص 26 .

وعند ما زال النظام الاقطاعي ، وبدأت هجرة الاجانب الى مختلف المناطق ، خاصة الى شمال ايطاليا بفضل وضعها الجغرافي الاستيراتيجي الممتاز الذي ساهم كثيرا في ازدهار التجارة والاعمال المصرفية نشأت بين بعضها البعض علاقات تجارية وروابط اجتماعية متنوعة (1) ، وقد ادى اجتماع هذه العوامل الى ظهور قواعد تنازع القوانين بين هذه الانظمة المختلفة ، مما جعل العلماء الايطاليين يعكفون على دراسة الحلول الواجبة التطبيق على هذا التنازع الذي نتج خاصة عن الصراع بين مبدأين أساسيين هما ، مبدأ اقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين (2)

ولقد كان هذا التنازع هو الموضوع الذي عالجه فقهاء الاحوال ومنحوه عناية فائقة .

فلنبحث الان فكرة النظام العام من خلال التطور الذي حصل في العلاقات الاجتماعية مع بداية القرن الثالث عشر في المباحث الاتية :

1- Jean DEROUPPE . Droit . International . privé .ED. 1978. P 43 .

2- RAYMOND - VANDER . EL ST = D.I, privé Belge FE . ED . 1983 / P30 .

المبحث الاول / تطور فكرة النظام العام عبر المدارس الفقهية .

يحسن بنا بادئ ذي بدء أن نعرض تطور فكرة النظام العام في المدارس الفقهية التي تناولت موضوع تنازع القوانين ، لنرى من خلاله الظروف و العوامل التي هيأت لنشوئها .

وبما أن هذه الفكرة (فكرة النظام العام) قد ارتبطت بمسألة تنازع القوانين ، فانه يجدر بنا أن نتناول تطورها التاريخي في هذه المدارس الفقهية التي تعرضت لمسألة تنازع القوانين .

يجمع الفقه المعاصر على أن نشوء مسألة تنازع القوانين ترجع الى أواخر القرن الثاني عشر ، وأوائل القرن الثالث عشر (1) ، وقد بدت بوادرها على وجه التحديد في شمال ايطاليا على اثر ازدهار النشاط التجاري والاقتصادي و ظهور علاقات جديدة بين المدن الايطالية . (2) .

فكيف عالج فقهاء مدارس الاحوال مسألة تنازع القوانين وهل تعرضوا في معالجتهم تلك الى فكرة النظام العام ؟ ذلك ما سنراه في مدارس الاحوال التي تناولت هذا الموضوع .

---

1 - علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط ، 1984 ص 27 .

2- MAYER (P) .= droit . Int . privé . ED . 1978 / P . 46 .
- د.أحمد مسلم = موجز القانون الدولي الخاص المقارن ، ط 1966 ، ص 161 .

المطلب الاول / في المدرسة الايطالية القديمة أو فقه الاحوال (LES STATUTS)

قبل أن نعرض لفكرة النظام العام في هذه المدرسة نعرف المقصود بعبارة الاحوال (LES STATUTS).

يراد بعبارة (الاحوال) مجموعة القواعد التي وضعها الفقه في أوروبا القديمة لفض التنازع بين قوانين البلد الواحد في بادىء الامر ثم لفض التنازع فيما بين قوانين البلاد المختلفة (1).

غير أن هذا التعريف إعتبر غير دقيق لسبب بسيط و هو أن نظرية الاحوال لم تعرف وضعا مستقرا، نظرا للتطور المستمر الذي عرفته هذه النظرية.

وبما أن نظرية الاحوال التي تعرضت لها مدارس فقهية متعددة قد ركزت على بحث مسألة تنازع القوانين، فان معظم الفقه يجمع على أن جذور فكرة النظام العام ترجع الى مدرسة

1- د. عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص حـ2، ط 1977، ص 13.

- د. أحمد مسلم = موجز القانون الدولي الخاص المقارن، ط 1966، ص 159

الاحوال الايطالية التي تكونت في أواخر القرن الثالث عشر وأوائل القرن الرابع عشر والتي كان يتزعمها آنذاك الفقيه (بارتول) (B A R T O L) (1314_1357) ، الذي كان له فضل التوسع في دراسة مسألة تنازع القوانين وتوصل بفضل مجهوداته الى التمييز بين نوعين من الاحوال

النوع الاول / أطلق عليه الاحوال البغيضة أو المستهجنة (LES STATUTS"ODIEUX) (1) وهي الاحوال التي تضر بالشخص أكثر مما تنفعه ، فتكون موضوعة في غير مصلحته .

وتكون هذه الاحوال حبيسة حدود الاقليم ولا تتبع الشخص خارج بلده .

ويتعين على القاضي اذا عرضت عليه مثل هذه الاحوال استبعادها من ميدان التطبيق . (2)

ويضرب (بارتول) مثلا للاحوال المستهجنة أو غير العادلة[3] تلك الاحوال التي تقضي بان البنت لا ترث ،

ومنها ايضا ماقال به الفقيه الفرنسي (BOUHIER) في القرن الثامن عشر من استثناء قواعد العرف التي يبدو ان عدم عدالتها صارخا في نظر القاضي (MANIFESTEMENT INJUSTES) .

1_ انظر في هذا المعنى = الدكتور على على سليمان = المرجع السابق ص 28
MOHAND ESSAD = DROIT Int PRIVE , ED 1980 . P 193.

2 - BATIFFOL = DROIT INT PRIVE , ED 1941 . P 410 .

3_ انظر = د. أحمد مسلم = موجز القانون الدولى الخاص المقارن ط 1966 ، ص 206 .

النوع الثاني من الاحوال : وهو ما يعرف بالاحوال الملائمة او المفيدة للشخص (LES STATUTS FAVORABLES) وهي التي توضع لمصلحة الشخص وحمايته ، كتقرير الحجر على السفيه من أجل المحافظة على ثروته من التبذير أو الضياع [1] فمثل هذه الاحوال في نظر (بارتول) هي التي يجب أن تتعدى اثارها حدود الاقليم وتتبع الشخص حيث ماوجد.

ورغم أن الفقه القديم لم يشر صراحة الى استخدام اصطلاح النظام العام في التمييز الذي وضعه بين هذين النوعين من الاحوال أو القوانين ، الا أن الفقه الحديث يجمع على أن هذا التمييز يعد بمثابة البذرة أو اللبنة الاولى لفكرة النظام العام الحالية (2) غير أن مايجب ان نشير اليه في هذا الموضوع ، هو أن الفقهاء القدامى لم يتفقوا على الاحوال التي تعتبر مفيدة للشخص وتلك التي تعتبر ضارة به ، اضافة الى ذلك ، فان دور فكرة النظام العام قديما يختلف عن دورها في التشريعات المعاصرة ، فاذا كان دور النظام العام في التشريعات القديمة

---

1 - د . عبد الحميد أبو هيف = القانون الدولى الخاص في مصر و أوروبا . ط 1927 ص 35 .

2 - د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولى الخاص الجزائري . ط 1984 . ص 28 .

- انظر هذا المعنى كذلك د. أحمد مسلم المرجع السابق ص 206 .

وسيلة لجأ اليها الفقه القديم كحيلة يختفي وراءها الاستعمال كضمان لجعل الاختصاص للقانون الاقليمي[1]، ومن ثم لضمان تطبيقه، فان دور النظام العام في التشريعات المعاصرة يختلف تماما، فهو يقوم بدور استثنائي أو وقائي، بل هو كما وصفه الفقه الحديث عبارة عن صمام أمن (SOUPAPE DE SECURITE) . ، ينهض فقط في حالة تعارض قانون أجنبي مع الاسس الجوهرية او المصالح الحيوية العليا في المجتمع التي لا يجوز المساس بها في دولة القاضي[2].

---

1 ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد = الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط، 1974. ص 135

2 ـ د . انظر تفاصيل ذلك في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص الالماني و الفرنسي، العدد الاول س، 1954 .ص 4، تعليق الاستاذ جاك موري (JACK MAURY)

المطلب الثاني / في المدرسة الفرنسية القديمة

ECOLE FRANÇAISE

لقد تأثرت المدرسة الفرنسية القديمة بالمبادىء الفقهية التي وضعتها المدرسة الايطالية القديمة. غير أن فقه المدرسة الايطالية القديمة لم يلق تجاوبا في بادىء الامر في المدرسة الفرنسية، وذلك لعدة اسباب، أهمها الحالة السياسية التي كانت عليها فرنسا آنذاك، فالنظام الاقطاعي كان راسي الاسس فيها وكان لكل اقطاعية نظامها الخاص وكانت تعتمد في حياتها على الاكتفاء الذاتي، ولها قواعد عرفية وعادات خاصة بها، ثما تميزت هذه القواعد العرفية بكونها (عينية) بمعنى انها (اقليمية) (1).

فالنظام الاقطاعي كما هو معروف يقوم على الارتباط بالارض، فكانت هي المحور السياسي وعليها تتوقف حالة الشخص، ذلك ان هذا النظام كان يقوم على تقديس الأرض والارتباط بها ... (2)

---

1 ـ د. عز الدين عبد الله = المرجع السابق، ص 33 .

2 ـ د. جابر جاد عبد الرحمن = المرجع السابق، ص 31 .

على أن هذا الوضع لم يدم طويلا ، فما ان حل القرن السادس عشر حتى برزت عدة عوامل و ظروف هيأت لانتصار الفقه الايطالي ، وكان من بين هذه العوامل ان استردت السلطة الملكية نفوذها بعد ان اطاحت بسلطان السادة الاقطاعيين . (1)

و الذي عمل على نهضة الفقه في المدرسة الفرنسية القديمة ، هما الفقيهان (شارل دي مولان) (CHARLE DUMOULIN) و (بارتران دارجنتريه) (BARTREIN D'ARGENTRIE .) .

فاما (دي مولان) (1500 _ 1556) الذي كان محاميا وفقيها في نفس الوقت ، فهو أول من ابتدع فكرة التكييف (QUALIFICATION)(2) وقسم الاحوال لأول مرة الى احوال عينية و احوال شخصية وان كان هذا التقسيم لم يتبلور بشكل واضح الا على يد الفقيه (دارجنتريه) كما سنرى .

وقد تأثر (دي مولان) بفقه المدرسة الايطالية القديمة في مسائل كثيرة ، اذ ذكر منها قاعدة (3) (LOCUS) أي قاعدة المكان يحكم التصرف بالنسبة للشكل ، ورأى وجوب تطبيقها على شكل التصرفات ، الا أنه اخضع قاعدة خضوع التصرف من حيث موضوعه لقانون الارادة ، مبرزا بذلك دور الارادة في حكم

1_ د . عز الدين عبد الله = المرجع السابق ، ص 20 .

2_ د . علي علي سليمان = المرجع السابق ، ص 25 .

3_ FERENC MAJORS = le droit Int. privé . ed . 1975 . P 25 .

التصرف ،كما أخذ برأي هذه المدرسة في التفرقة بين الاحوال المستحسنة أو المفيدة (STATUT FAVORABLE) ، والاحوال المستهجنة أو البغيضة (STATUT ODIEUX) التي استخدمها الفقيه (بارتول) (B A R T O L) .

ويعتبر هذا التمييز الذى استخدمه (بارتول) لأول مرة اللبنة الأولى لفكرة النظام العام الحالية في مجال تنازع القوانين ، كما كان له الفضل في وضع مبادئى قانونية عامة لا زال الفقه و القضاء الحديث يأخذ بالكثير منها ، ومنها سلطان الارادة في ابرام العقود و غيرها (1).

و اما الفقيه (دارجنتريه) (D'ARGENTR E) (1590 - 1519) الذى كان هو الآخر قاضيا و مؤلفا ، وكان من انصار استقلال المقاطعات بقوانينها ، فقد قام مذهبه على مبدأ اقليمية القوانين و التعصب لعرف مقاطعته ، فنادى بوجوب تطبيقه وحده في اقليم مقاطعته .

وقد اعطى هذا الاعتبار الحماسي لفقه (دارجنتريه) اهمية فيما بعد، حينما صار تنازع القوانين تنازعا دوليا حقا لا تنازعا محليا ،كما كان في عهد المدرسة الايطالية القديمة كما قرر (دارجنتريه) ان الأصل الا يطبق قضاة المقاطعة الاقوانين هذه المقاطعة ، اما تطبيقهم لقوانين أجنبية فامر استثنائي محض (3).

---

1 - د.علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ط 1984، ص 28.

2- **FERENC**(P) = Le Droit International privé , Ed 1975.P 31

3 - د. أحمد مسلم = موجز القانون الدولي الخاص ، ط 1966 ، ص 164 .

و بذلك يعتبر (دار جنتريه) أول من اعتنق "اقليمية القوانين" كقاعدة ، بدلا من المنهج التحليلي غير المبدئي الذى ساد المدرسة الايطالية القديمة . (1)

* و قد دعم (دار جنتريه) مبدأ "اقليمية القوانين" بتقسيم القوانين الى عينية و شخصية ، ذلك التقسيم الشهير الذى سيبقى من الهياكل الرئيسية في فقه "تنازع القوانين" ، و بهذا يكون (دار جنتريه) قد توصل الى تصور اكثر تطورا عمن سبقوه لمسألة "تنازع القوانين" و كيفية ايجاد حلول لها في دولة القاضي ، كما اهتدى الى معرفة القوانين التى يجوز تطبيقها و القوانين التى يتعين على القاضي استبعادها .

و في هذا اشارة واضحة الى استعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة القوانين الأجنبية التى تتعارض مع النظم الاجتماعية و القانونية السائدة في دولة القاضي ، وان كان اصطلاح النظام العام لم يستعمله (دار جنتريه) مكتفيا بالقوانين التى لا تتلاءم مع دولة القاضي .

و يرجع السبب في عدم توسيع فكرة النظام العام في ذلك الوقت الى ان فكرة "الاقليمية" قد شكلت عائقا كبيرا

---

1 ـ د. عز الدين عبد الله = المرجع السابق ، ص 29 .

2 ـ د. فؤاد عبد المنعم رياض ، و الدكتورة سامية راشد = الوجيز ، في القانون الدولي الخاص ، جـ 2 ، ط 1975 ، ص 13 .

امام السماح لتطبيق القوانين الأجنبية بشكل كاف، مما ترتب على ذلك قلة فرص تطبيق القوانين الأجنبية الشيء الذي لم يساعد على بلورة فكرة النظام العام في هذه الفترة التاريخية .

و مهما يكن من امر المقارنة بين الفقيهين "دي مولان" و "دار جنتريه" ، فلاشك ان لكل منهما نصيبه في تطوير فقه تنازع القوانين .

فيرجع الفضل الى "دي مولان" في ابتداع نظرية "التكييف" تلك النظرية التى لم تأخذ حظها من الاهمية الا بعد عدة قرون على يد الفقيه الفرنسي "بارتان" "BARTIN" (1)

واما "دار جنتريه" فقد اعتنق مبدأ "اقليمية القوانين" بدلا من المنهج التحليلي الذى كان سائدا في المدرسة الايطالية القديمة .

انظر د. أحمد مسلم = المرجع السابق ،

المطلب الثالث / في المدرسة الهولندية

كان لفقه (دارجنتريه) (D'ARGENTRE) صدى واسع في البلاد التي يطلق عليها (بالاراضي الواطئة) (LES PAYS BAS) وقد انتقل فقه (دارجنتريه) عن طريق العلماء الذين درسوا في ايطاليا وفرنسا، ثم نقلوا ماتعلموه الى هذه البلاد.[1]

ومن أشهر هؤلاء الفقهاء الهولنديين هم (بول فويت) (PAUL VOET) (1619 - 1677) وابنه جان فويت (1647-1694) و(اولريك هوبر) (ULRIC HABER) (1636-1694).[2]

وقد تناول هؤلاء الفقهاء بالشرح والتوسع فقه (دارجنتريه) واعتنقوا تقسيمه للاحوال العينية والشخصية، ومذهبه في (اقليمية القوانين). ولكنهم تجنبوا بعض النقد الذي وجه الى (دارجنتريه) باعتدادهم ببعض ضروب الاسناد التي اهملها، كطائفة التصرفات والوقائع القانونية.

على ان الجهد الاصيل للفقهاء الهولنديين في مجال تنازع القوانين، هو بحثهم في اساس تطبيق القاضي للقوانين الاجنبية.[3]

---

1 - د. عز الدين عبد الله = المرجع السابق، ص 35.

2 - د. علي علي سليمان = المرجع السابق، ص 30.

3 - د. ممدوح عبد الكريم حافظ = القانون الدولي الخاص العراقي المقارن 1977، ص 251.

ويرجع الفضل في وضع اصطلاح (تنازع القوانين) (LES CONFLIS DES LOIS) الى الفقيه (ارلريك) هوبر (ULRIC HUBER) ، كما يعود له الفضل في ابراز فكرة (أن للقاضي أن يستبعد تطبيق القانون الاجنبي اذا رأى أنه مخالف للنظام العام المحلي)، فكانت هذه الفكرة كما يقول استاذنا الدكتور (علي علي سليمان)[1] هي نواة الدفع بالنظام العام المحلي المعروف اليوم في القانون، كما أن لفقهاء المدرسة الهولندية فضل التعرض لاول مرة لمسألة تنازع القوانين على الصعيد الدولي، بعد أن كان التنازع في بداية الامر تنازعا محليا بين المقاطعات المتحدة الشمالية من جهة، وبين مقاطعات الجنوب من جهة أخرى .

ومما ابتدعه فقهاء المدرسة الهولندية في هذا الميدان هو امكان تطبيق القانون الاجنبي على سبيل المجاملة الدولية (LA COURTOISIE INTERNATIONALE)[2] . غير أن هذه الفكرة - فكرة المجاملة الدولية - قد انتقدت على أساس أن القاضي يبقى له الاختيار، ان شاء طبق القانون الاجنبي، وان شاء استبعده، وهنا قد يخضع

---

1 - د . علي علي سليمان = المرجع السابق، ص 31 .

2 - د . أحمد مسلم = موجز القانون الدولي الخاص المقارن ط1966، ص 168 .

القاضي لميوله الشخصية و السياسية على حساب القانون الاجنبي الواجب التطبيق (1) .

والواقع انه تم اسوء فهم فكرة المجاملة الدولية التي استخدمها الفقهاء الهولنديون (كأساس لتطبيق القوانين الاجنبية)، فهم في الحقيقة لم يقصدوا أن يترك الامر للقاضي في اختياره لتطبيق القوانين الاجنبية ان شاء طبقها وان شاء استبعدها ، وانما الفقهاء الهولنديون قد قصدوا بذلك ، أن الدولة ، ليست بحاجة الى أن تكون ملزمة بمعاهدة دولية لكي تطبق قانون دولة أخرى ، بل يجب ان تطبق القانون الاجنبي ولو لم تكن ملزمة و يكون ذلك على سبيل (المجاملة الدولية).وعلى كل ومهما كانت الانتقادات التي وجهت لفقهاء هذه المدرسة ، فقد كان لهم فضل استخدام (اصطلاح) تنازع القوانين قبل غيرهم ،وكان لهم فضل ابراز فكرة النظام العام واستخدامها في مجال العلاقات الدولية الخاصة ،وكذلك فكرة (المجاملة الدولية) كأساس لتطبيق القوانين الاجنبية (2) .

---

1 ـ د . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين، ط.1969،ص 54

2 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط 1984 ، ص 31 .

المبحث الثاني / فكرة النظام العام في الفقه والقضاء الانجلوسكسوني

ظهرت مسألة تنازع القوانين بشكل واضح في القرن الثامن عشر (1)، ومما ساعد على ذلك تنشيط العلاقات بين انجلترا وبلاد القارة الاوروبية واحتكاك الفقهاء الانجليز في أواخر القرن التاسع عشر ببعض مشاهير الفقهاء الاوروبيين واستفادتهم مما بلغه الفقه الاوروبي من افكار نيرة في هذا المجال عن طريق تبادل الاراء في الشؤون العامة، والبحث عن انجع الطرق الكفيلة بتحقيق ترتيبة العلاقات الدولية العامة، وتحقيق التعاون والانسجام بين النظم المختلفة ركان لفكرة المجاملة الدولية التي ابتدعها الفقهاء الهولنديون اثر كبير لدى الفقهاء الانجلوسكسونيين وعلى رأسهم الفقيه (STORY) (2)، الذي تأثر خاصة بالفقيه الهولندي (هوبر) (HUBER) واعتنق مذهبه في قبول تطبيق القانون الاجنبي

1ـ د. علي الزيني = القانون الدولي الخاص .ج.ط 1971.ص 44

2 -- FERENC MAJORS = le droit International privé . ED 1975 . P. 26

3 ـ د. علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط، 1984 ، ص 31 .

على سبيل المجاملة الدولية (1). غير أن فكرة تطبيق القوانين الاجنبية في الدول الانجلوسكسونية على اساس المجاملة الدولية أخذت تتقلص وتضمحل حتى انتهت الى الزوال، نظرا لتغير وتطور الفكر القانوني في هذا المجال.

ولقد دفع هذا التغير الجديد في الافكار القانونية الفقيه الانجليزي (وستلك)(2). الى القول بأن تطبيق القوانين الاجنبية في انجلترا واجب تمليه العدالة و المصلحة العامة، وهو ماحدا أيضا بالفقيه (دايسي) الى التقرير بأن تطبيق القانون الاجنبي واجب تقتضيه الضرورة العملية و ضرورة احترام الحقوق المكتسبة ونتيجة لهذه الافكار الفقهية الجديدة، تأثرت المحاكم في الدول الانجلوسكسونية وعدلت في الاخير من اعتبار (المجاملة الدولية) اساسا لتطبيق القوانين الاجنبية ونهجت بدلا عن ذلك على المبدأ الجديد الذي يقضي

---

1 ـ د.علي الزيني = القانون الدولي الخاص . جـ 2 ، ط 1929، ص 143 .

2 - JACK MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la FRAUDE à la loi ED.1952.P 34

بأن تطبيق القوانين الاجنبية واجب تقتضيه ضرورة المعاملات واقامة العلاقات الدولية المختلفة بصرف النظر عن القانون الذي اكتسب الحق بمقتضاه

ومن هنا يتبين لنا أن الدول الانجلوسكسونية قد عرفت فكرة النظام العام ،وعلى أن هذه الفكرة لم تظهر في هذه الدول كنظرية عامة ،وانما عرفت تطبيقات لفكرة النظام العام ، من ذلك ما لاحظه الفقيه (ستوري) (STORY) في مؤلفه "تعليقات على تنازع القوانين" الذى اصدره في سنة 1834 ،بأن المحاكم الانجليزية والامريكية ،قد رفضت في بعض احكامها تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المصالح الاساسية لدولة القاضي ،سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اجتماعية أو اخلاقية ، أو كانت هذه القوانين تتعارض مع قاعدة جوهرية في النظم الانجلوسكسونية (1) .

---

1 - JACK MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente: L'ordre public et la fraude à la loi Ed1952.P33

أو أن يكون هذا القانون غير معروف في هذه الدول.[1]
ونخلص الى القول بأن كل هذه المفاهيم والتصورات،
تعتبر البذور الاولى لنشوء فكرة النظام العام
في الدول الانجلوسكسونية .
الا أن مجال تحريكها كان ضعيفا في هذه الدول .
وللاشارة يعتبر الدفع بالنظام العام في الدول
الانجلوسكسونية حتى الان مسألة ثانوية تتعلق
بالاجراءات (2) .

---

1 - JACKS- MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre publis et la Fraude à la loi ed . 1952 . P 33

2 - LAGARDE (PAUL) = Recherches sur l'ordre public en droit Int. privé ed . 1959 . P / 202 .

المبحث الثالث / فكرة النظام العام في الفقه الالماني الحديث

لقيت دراسة تنازع القوانين في النصف الثاني من القرن الثامن عشر اهتماما كبيرا من لدن الفقهاء الالمان ومن هؤلاء الفقهاء على وجه الخصوص (SHAEFFINERT / WAECHTER) على أن الفقيه الذى استطاع بحق أن يبتدع فقها وفكرا جديدا متميزا في مادة تنازع القوانين ، هو الفقيه (سافيني)(SAVIGNEY) الذي عاش من سنة 1779 الى سنة 1861.(2).

وقد عرض الفقيه المذكور فقهه في تنازع القوانين في الجزء الثامن من كتاب له بعنوان (مطول القانون الروماني) سنة 1849 باعتبار القانون الروماني كان هو الشريعة العامة المطبقة حينذاك في المانيا ، بل ولقد كان منطلق تفكيره يعتمد أساسا على أن البلاد التي ورثت القانون الروماني واعتنقت الديانة المسيحية يوجد بينها أو يجمعها اشتراك قانون أو مشاركة قانونية (LA COMMUNAUTE JURIDIQUE).

ـد . عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، ط 1977، ص 47

1 - FERENC (MAJORS) = Le droit International privé ed . 1975 . P . 26 .

2 - د . فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص ط 1974 ، ص 185 .

وتربط بينهما وحدة المادة القانونية و الفكر القانونى لان الاصل واحد ، وبالتالي تكون فكرة العدالة فيها واحدة ، وينجم منطقيا عن توافر هذا الاشتراك القانونى أن تكون الحلول التي تؤدي اليها مسادة تنازع القوانين واحدة أومتقاربة ومقبولة على الاقل لدى كل الدول التي شملها هذا الاشتراك القانونى

وتبرز هذه الفكرة (فكرة الاشتراك القانونى) ،خاصة بين قوانين العالم الغربي ، لان هذا العالم ينتمي الى تراث قانوني واحد هو القانون الروماني، وعقيدة واحدة هي الديانة المسيحية 1

وعلى هذا الاساس ، فاذا لم تتوفر فكرة الاشتراك القانوني في القانون الاجنبي الواجب التطبيق ، يتعين استبعاده لانه يعد مخالفا للنظام العام ، بعتباره قانون غير معروف في دولة القاضى .

لكن الفقيه (سافينى) بالرغم من منادته بعامل الاشتراك القانونى، فانه لايغالي فيه كثيرا، موضحا ذلك بقوله ، ان الاشتراك القانونى لايعنى في نظره التماثل أو التجانس أو التطابق

---

1 - انظر فكرة الاشتراك القانونى في المؤلفات الاتية :

- د . على علي سليمان = مذكرات في القانون الدولى الخاص الجزائرى ط 1984 ، ص 32
- د . علي صادق هشام ، المرجع السابق، ط 1974 ، ص 33 .

بين النظم و القوانين الاوروبية ، والا اختفت مسألة تنازع القوانين من مجالات البحث (1) .

ولقد أوضح (ساقيني) ذلك بمثال عن (فرنسا وايطاليا وانجلترا) ، فرغم مابين هذه الدول من تشابه في التقدم الحضاري المتمثل في نمط الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، و الثقافية ، ورغم أن تراثها القانوني الذي تنتمي اليه واحد ، هو القانون الروماني ، وانها تعتنق ديانة واحدة هي الديانة المسيحية ، فمع ذلك كله توجد فيها بعض القوانين التي تختلف عن بعضها البعض و منها على سبيل المثال لا الحصر (حق التطليق) وكيفية حصر أسبابه (2) .

فالبعض من هذه الدول تعتبر المساس به عن النظام العام في حين لا يعتبره البعض الآخر كذلك .

و ينتهي (سافيني) بتحليله هذا الى القول بأن عامل الاشتراك بين تشريع دولتين أو أكثر ليس من الضروري أن يكون شاملا لكافة الجوانب القانونية لتشريعاتها بل يكفي عامل الاشتراك الجوهري ، ويعني به الاشتراك في القواعد الاساسية دون الاعتداد بالاختلافات الجزئية أو الفرعية ،

---

1 - NIBOYET = Cours de droit International privé ed : 1947 . P / 485

2ـ د . حسن الهداوي = القانون الدولي الخاص في القانون العراقي المقارن ط ، 1974 ، ص 55

فعدم التطابق في الجزئيات الثانوية لا ينفي وجود الاشتراك القانوني، بل أن وجود مثل هذه الاختلافات الفرعية هو أمر طبيعي يجد تعليله في استقلال الدول في سن قوانينها، احتراما لسيادتها (1).

و مع ذلك، فان نظرية سافيني لم تخل من نقد بعض الكتاب (2).

ففكرة العالم القانوني الواحد أو الاشتراك القانوني قد جاءت عامة بحيث تنطوي على الاختلاف في التأويل والتفسير، مما أدى الى طرح عدة تساؤلات في هذا الموضوع منها على سبيل المثال، هل يقصد بالوحدة وحدة التشريع أو وحدة القواعد القانونية الاكثر أهمية ؟

أم يقصد بها الاحترام المتبادل بين الدول بالنسبة لحق التشريع ؟

اذن فمن الصعوبة بمكان تحقيق ما تصوره (سافيني) بالنسبة لفكرة الاشتراك القانوني، وذلك لعدم تحديدها من الناحية العملية .

وفضلا عن ذلك فان هذه الفكرة يصعب تحقيقها لعدة عوامل أخرى، منها ما هو فني، ومنها ماهو سياسي .

فمن الناحية الفنية، لايشك أحد في استقلال التشريعات

---

1 ـ د . عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ج 2، ط 1977، ص 66 .

2 ـ JACK MAURY = Léviction de la loi normalement competente : l'ordre public et la fra●de à la loi ed : 1952 . P 38

ـ د . جابر جادعبد الرحمن = تنازع القوانين، ط 1969 ، ص 127

عند تناولها لمسائل قانونية معينة أو لتقرير حق من الحقوق وهذا الاختلاف الفني المترتب على الاستقلال التشريعي قد يكون هو في ذاته عائقا يحول دون توفر عامل الاشتراك القانوني ،

عليه يكون تطبيق هذه القوانين ذات الاختلاف الفني مساسا بالسياسة التشريعية لدولة القاضي وبالتالي انتهاكا لمفهوم النظام العام السائد في دولة القاضي ، لذلك يتعين على هذا الاخير استبعادها من مجال التطبيق لانها تتنافر و السياسة التشريعية التي رسمها مشرعه (1) ، هذا من جهة ، و من جهة ثانية ، فان اختلاف السياسات و النظم الاقتصادية له تأثيره المباشر على عدم تحقق فكرة الاشتراك القانوني ، فضلا عن اختلاف المصادر القانونية التي يستمد منها كل نظام تراثه القانوني ، فاذا أخذنا (الرهن الحيازي) (2) على سبيل المثال لا تضح لنا مدى اختلاف التشريعات من الناحية الفنية ، اذ أن جميع التشريعات كما هو معروف تنظمه بطرق و كيفيات وفنيات مختلفة ، مراعية في ذلك ما يتماشى وسياستها التشريعية .

1ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط 1974 ، ص 34 .

2ـ د . جابر جاد عبد الرحمن = المرجع السابق ، ص 35 .

فمن هذه التشريعات ما يشترط لنشوء الرهن الحيازي نقل الحيازة من المدين الى الدائن، كالقانون المدني الجزائري ، المادة 948 . و القانون المدني المصرى المادة 1096. و القانون المدني العراقي المادة 1325. (1) و منها ما لا يشترط ذلك كالقانون الانجليزي و الامريكي. فالتنظيم الفني للقوانين يختلف من تشريع الى آخر ، فاذا أخذنا نظام الرهن الحيازي في التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي على سبيل المثال و مقارنته بنظام الرهن الحيازي المعمول به في الدول الانجلوسكسونية لاتضح لنا هذا الفرق، فهو لا ينشأ طبقا للقانون المصري و الجزائري و الفرنسي الا اذا انتقلت الحيازة من المدين الى الدائن، في حين أن هذا الانتقال غير ضروري في القانون الانجليزي و الامريكي، اذن فالبناء القانوني لهذه التشريعات متعارض تماما ، و من ثم فلو فرض أن رهنا من هذا النوع أنشىء في أمريكا حيث يحتفظ المدين بحق حيازة العين المرهونة ثم رفعت الدعوى في مصر أو في الجزائر أو في فرنسا أو أشهر غيها الافلاس ، فهل يستطيع الدائن المرتهن الاحتفاظ بحقوقه المتعلقة بهذا الرهن؟ لا شك أن القضاء في (2)

---

1 ـ د . عبد الرزاق السنهوري = الوسيط في شرح القانون المدني ج9 .

2 ـ د . حسن الهداوي = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ط 1972 ض 105 .

هذه الدول لا يمكنه تطبيق القانون الامريكي و هو المختص باعتباره، قانون موقع المال، لان التنظيم الفني للرهن الحيازي حسب القانون الامريكي يختلف اختلافا جذريا عن التنظيم المعمول به في كل من فرنسا و الجزائر و مصر، لان تطبيق هذا النظام في هذه الدول من شأنه أن يحدث أضرارا كبيرة بالنسبة لتنظيم الائتمان في هذه الدول (1) . و ما يمكن استخلاصه عن فقه (سافيني) فيما يتعلق بفكرة الاشتراك القانوني انه على الرغم من الدور الذي لعبته هذه الفكرة في حل مسألة تنازع القوانين ، عن طريق عدم اعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة القوانين الاوروبية التي يشملها اشتراك قانوني ، فإن هذه الفكرة أصبحت عاجزة آلان عن مواكبة التطور الذي حصل في العالم في مختلف المجالات ، نظرا لتغير المعطيات السياسية و القانونية و الاجتماعية من دولة لإخرى في القارة الاوروبية و العالم أجمع (2) .

1- د. جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ،ط 1969 ، ص 66

2- د. راجع نقد فكرة الاشتراك القانوني في مؤلف (جاك موري) المرجع السابق، الذي يقول : (ان اتساع رقعة العالم تزداد باستمرار ، اضافة الى بروز دول جديدة تنتمي الى حضارات مختلفة ...... و حدوث ثورات غيرت في النظم السياسية والاقتصادية و الاجتماعية ، مما جعل فكرة الاشتراك القانوني التي نادى بها الفقه (سافيني) عديمة الجدوى في الوقت الحاضر ....)

المبحث الرابع / فكرة النظام العام في الفقه الايطالي الحديث أو مدرسة "مانشيني"

ظهر في أيطاليا فقهاء أعلام في سادة القانون الدولي الخاص، واشهرهم "مانشيني" في القرن التاسع عشر ذلك العالم الذي انشأ فقها جديدا في تنازع القوانين عرف باسم "فقه مانشيني" او فقه "المدرسة الايطالية الحديثة"[1] تمييزا له عن فقه المدرسة الايطالية القديمة التي كان يتزعمها الفقيه "بارتول" والذي سبق ان تعرضنا لها آنفا

كان منطلق تفكير مانشيني فكرة سياسية كشف عنها بمناسبة محاضرة القاها في سنة 1851 بجامعة "تورين" بعنوان "في الجنسية كأساس للقانون الدولي"* وقرر أنه بالنسبة لكافة مسائل تنازع القوانين يجب الأخذ بعين الاعتبار بالجنسية او مبدأ الجنسيات (PRINCIPE DE NATIONALITE) وقد رتب على هذا المبدأ السياسي نتيجتين قانونيتين عامتين. (2)

1- CHAPPELLE ANDRE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int privé these 1979 .. P

2- د. عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص، جـ2، ط2، 1977، ص53

*"Della nazionalita comme Fondamonto Diritto Delle Genti"

انظر BATIFFOL et LAGARDE (P)=Droit Int.privé Ed 1981.P274.

أولاهما ، يتعلق بالقانون الدولي العام ، و هي حق كل أمة فى تكوين دولة ، وكان يرمي من وراء هذه الفكرة الى تأييد وحدة ايطاليا و استقلالها .

و ثانيهما ، تتعلق بالقانون الدولي الخاص ، و هي شخصية القوانين ، بمعنى امتدادها ، وذلك فى رأيه ان القوانين توضع للاشخاص وليس للاقاليم ، فيجب ان يخضع الشخص لقانون الأمة التى ينتمي اليها بصرف النظر عن الاقليم الذي يوجد فيه . (1)

ويبرر ذلك بقوله ، كما أن الجنسية تعتبر اساس وجود الدولة ، كذلك هي التى تحدد نطاق تطبيق قوانينها فالدولة الايطالية تكونت بواسطة الأمة الايطالية ، و القوانين التى تصدرها قد وضعت لهذه الامة آخذة فى الاعتبار عاداتها و تقاليدها ولغتها . (2)

وهذه القوانين ليست الاتعبيرا عن الارادة العامة للشعب الايطالي ، وعلى هذا الاساس تعتبر اصلح القوانين له .

وينتهي " مانشيني " الى القول بان الوضع الطبيعي للاشياء يقضي بان تطبق هذه القوانين على الايطاليين وحدهم اينما وجدوا أي القوانين فى رأيه تعتبر

---

1 ـ د . عز الدين عبد الله ، = المرجع السابق ، ص 53

2 ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط 1974

شخصية (PERSONNELLES) تسري على الاشخاص اينما كانوا ومهما كان موضوع النزاع .

وقد خالف مانشيني بهذا ، النظم التي سبقته والتي كانت تجعل (اقليمية القوانين) TERRITORIALITÉ هي الاصل أو القاعدة ، على أن مانشيني لم يطلق لهذه القاعدة العنان ، بل اورد عليها ثلاثة استثناءات (1)

الاستثناء الاول / القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وهي التي تتضمن قواعد آمرة تتصل بمصلحة المجتمع لا بمصلحة شخص أو اشخاص معينين ، فتعتبر بالنظر الى ذلك اقليمية ، ومن ثم تسري على جميع من في اقليم الدولة ، سواء كانوا وطنيين أو اجانب ولا تمتد الى الخارج . (2)

وتندرج ضمن هذه القوانين على سبيل المثال القوانين المنظمة للصحافة ، وحق الاجتماع ، والقوانين المتعلقة بالدستور ، وقانون العقوبات ، والقانون الخاص بنظام الملكية العقارية ، وكذلك كافة القوانين التي يرى المشرع انها قد وضعت للمصلحة العامة السياسية والاقتصادية والدينية الى غير ذلك من القوانين التي تتعلق

---

1 ـ د . حسن الهداوي = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط 1972 ، ص 68

2 ـ د . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، ط 1969 ، ص 457

بالصالح العام ،أي بحفظ كيان الدولة و ضمان سلامتها وفي هذه الاحوال، يطبق قانون الدولة المتعلق بالنظام العام على جميع العلاقات التي تقع داخل اقليمها حتى لو كان فيها عنصر أجنبي (1)، و هذا استثناء من المبدأ العام في شخصية القوانين .

الاستثناء الثاني / القوانين التي تختارها ارادة المتعاقدين

اذا اتفق اطراف العلاقة على اختيار قانون معين فان هذا القانون هو الذي يسري على التزاماتهم بصرف النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين، تطبيقا لمبدأ احترام سلطان الارادة .

الاستثناء الثالث / القوانين التي تحكم الشكل الخارجي للتصرفات

تخضع القوانين التي تحكم الشكل الخارجي للتصرفات الى القاعدة التقليدية : " المكان يحكم التصرف "(REGIT ACTUM)[2] يرى مانشيني، في ترتيب هذا الاستثناء من قاعدة شخصية القوانين، انه نظرا للاعتبارات العملية التي اسست عليها قاعدة الشكل هذه، انه من الصعب على رعاية الدولة الموجودين في الخارج اتباع الشكل

1ـد . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، ط 1965 ، ص 100

2ـد . حسن الهداوي = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط 1974

المقرر في دولتهم أو الذي يتطلب، قانونهم ، كما لو كان قانونهم يشتلزم لصحة الوصية ان تحرر امام القاضي مثلا ، في حين ان الدولة التي يقيمون فيها لا تعطي للقضاء ختصاصا في هذا الشأن (1) .

لكن يلاحظ انه اذا كان قانون الجنسية يحتم اتباع شكل معين بصفة آمرة فلا مناص من اتباعه مراعاة لقواعد النظام العام .

فالقواعد الآمرة الموجودة في قانون الجنسية تتبع الاشخاص اينما وجدوا ، ولا يصح الاتفاق على عكسها لكونها تتعلق بالنظام العام (2) .

وهكذا اكثر مانشيني ، من الاستثناءات التي أوردها على مبدأ شخصية القوانين ، حتى قيل أن هذه الاستثناءات فاقت الاصل واصبحت أكثر منه ، ولم يبق في نطاق الاصل الا الاحوال الشخصية (3) .

---

1 ـ د . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، ط 1969 ، ص 100

2 ـ د . عبد الحميد ابو هيف = المرجع السابق ، ص 247 .

3 ـ د . علي علي سليمان = المرجع السابق ، ص 34 .

كما قيل عن مانشيني فيما يتعلق بفكرة النظام العام ، انه استخدمها ليحقق بها اغراضا سياسية اكثر منها قانونية . (1)

ولذلك يلاحظ عليه انه قد وقع في الخلط بين مفهوم النظام العام وبين مفهوم (اقليمية القوانين) ، بحيث وصف مجموعة من القوانين بانها (اقليمية التطبيق ((2) TERRITORIALITE)

1- د . فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط1974 ص 26 .

"Le pouvoir souverain de chaque Etat étranger peut, d'un autre côté , au nom de l'indépendance politique de l'Etat interdire , dans les limites de son territoire , toute infraction à son droit public du pays tel qu'il a été constitué par la volonté nationale. C'est donc à bon droit que l'Etat refuse de reconnaître à l'étranger toute qualité ou toute faculté qui serait une lésion du droit public du pays où il reçoit l'hospitalité et le contraint à observer tous les réglements et toutes les dispositions des lois d'ordre public et de police , moyens de maintenir l'ordre et la paix publique" .

Voir = GRAULICH(P): Intrroduction à l'étude de droit Int. prive Ed . 1978 . P 57

بمعنى انها تسري على كل من (يوجد داخل الاقليم الدولة ، ولا تمتد خارجه .

والواقع هو ، أن هذا الخلط الذي وقع فيه الفقيه (مانشيني) له ما يبرره ، اذ كما يقول احد الفقهاء ان استخدام (مانشيني) للنظام العام والاقليمية كمترادفين ، انما نجم عن فهم فكرة الاقليمية بانها تقتضي تطبيق القاضي لقانونه على كل ما يطرح أمامه من منازعات ، كما أن الواقع العملي الذي أدى بالفقيه (مانشيني) الى اعتبار النظام العام كعبارة مرادفة لمفهوم الاقليمية هو ضمان تطبيق تلك القوانين باسم النظام العام واستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق ، فكانت وسيلة ذكية للوصول الى اخضاع العلاقات الاجنبية لقانون القاضي .(1)

1- د . فؤاد عبد المنعم رياض = الوجيز في القانون الدولي الخاص و الدكتورة سامية راشد

المبحث الخامس / فكرة النظام العام في الفقه الفرنسي الحديث .

لقد بذل الفقهاء الفرنسيون المعاصرون دوراً هاماً في مساهمتهم لحل مشكلة تنازع القوانين ،وكان لهم الفضل في وضع الحلول لكثير من المسائل المعقدة في القانون الدولي الخاص ،رغم اختلاف طريقة بحثهم لمسألة تنازع القوانين واختلافهم في تصورهم لفكرة النظام العام ، وسنقتصر على بحث فكرة النظام العام لدى بعض الفقهاء الفرنسيين الذين حاولوا ابرازها ودورها في القانون الدولي الخاص ، و خاصة منهم (بيييه = PILLET) و (بارتان) (BARTIN) و (نبوايه) (NIBOYET) وسنعرض كل ذلك ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : فكرة النظام العام لدى الفقيه (بيييه)

المطلب الثاني : فكرة النظام العام لدى الفقيه (بارتان)

المطلب الثالث : فكرة النظام العام لدى الفقيه (نبوايه)

المطلب الاول / فكرة النظام العام لدى الفقيه (بيبه) (PILEET).

لقد انتهج الفقيه الفرنسي (بييه) الطريقة التحليلية في أسلوبه لمعالجة تنازع القوانين ، وقبل أن نعرض مفهومه للنظام العام ، نشير الى أن (بييه) يرى أن مسألة تنازع القوانين في حقيقتها تنازع بين سيادات دولية ؛ اذ الامر في نظره يتعلق ببيان الحد الذي يمكن أن تقف عنده سيادة دولة القاضي أمام سيادة الدول الاجنبية للسماح بتطبيق قوانين هذه الاخيرة ويتحدد مدى هذه السيادة بالنسبة الى القانون بدوامه وعموميته . (1)

ومعنى دوام القانون (PERMANANCE) استمرار سلطانه واستقراره وثباته بالنسبة الى الاشخاص والاموال التي تخضع له ، ومعنى "عموميته "أن يطبق على كل الاشخاص والاموال الموجودة بالاقليم دون أية تفرقة .(2)

وتقتضي هاتان الخاصيتان للقانون من جهة أن يخضع وطنيو الدولة لقانونها أينما وجدوا وأينما وجدت أموالهم ،

---

1 - JACKS - MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente l'ordre public et la faude à la loi ed.1952 . P 30

2- د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص 36 .

ووقعت تصرفاتهم ، ومن جهة أخرى أن يخضع كل الاشخاص الموجودين على اقليم الدولة لقانونهما سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، و معنى ذلك أن يكون القانون ممتدا أو اقليميا في آن واحد ، ولو أن كل قانون أريد تطبيقه في نطاق القانون الدولي الخاص يجب أن تتوافر فيه هاتان الخاصيتان لتعذر حل مشكلة تنازع القوانين . [1]

وبما أن حاجة المعاملات الدولية تقتضي حل هذه المشكلة ، و أن قبول تطبيق القانون الاجنبي ليس مجاملة دولية بل هو التزام يتطلب أن نضحي باحدى خاصتي القانون أي الدوام أو العموم. [2]

لذلك يجب أن تقسم القوانين الى مجموعتين مجموعة تتوافر فيهما خاصية الدوام دون خاصية العموم وهي القوانين التي تمتد و تطبق على وطني الدولة ولو كانوا خارج اقليمها ولكن لا تطبق على الاجانب الموجودين في اقليمها لفقدانها خاصة العموم .

ومجموعة أخرى تتوافر فيهما صفة العموم وتضحي فيها خاصة الدوام فتكون قوانين اقليمية

---

1 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط 1984 ص 37 .

2-CHAPPELLE ANDRE=Les Fonctions de l'ordre public en droit Int, privé , THESE 1979 . P 134

تطبيق على جميع سكان الاقليم من وطنيين وأجانب ولكن لا تمتد الى وطنيي الدولة في الخارج .

و ينتهي (بييه) الى القول ، أنه في حالة قيام نزاع بين قانون دولتين ، أيهما يطبق ؟ يقول (بييه) فالحل الوحيد و المقبول هنا ، هو أنه يجب احترام سيادة كل دولة ويطبق القانون المختص أصلا .

فالمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الذي يناسب الهدف الاجتماعي الذي وضعه له مشرعه[1]

وبما أن لكل قانون هدفا اجتماعيا[2] (BUT SOCIAL) يرمي الى تحقيقه و هو المصلحة العامة لكل دولة فان تنازع القوانين هو في حقيقته تنازع بين مصالح الدول و يمكن حل هذا التنازع بجعل حكم العلاقة القانونية لقانون الدولة التي يكون لها أكبر مصلحة في حكم هذه العلاقة حتى يتحقق الغرض الاجتماعي للقانون ، ولكي نصل الى هذا التحديد، نبحث عما اذا كان الغرض من القانون هو حماية الفرد

---

1 - ANDRE - CHAPPELLE = Les fonctions de l'ordre public en droit Int.privé These 1979 . P 305 PARIS.

2 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص 37

أو حماية المجتمع ، فاذا كان الغرض هو حماية الفرد ، فيجب أن يكون ممتدا الى خارج الاقليم ، أي تكون صفة الدوام وتضحى خاصة العموم . (1)

ومن الامثلة التي ساقها لنا أستاذنا (الدكتور علي علي سليمان) في هذا المعنى أي بالنسبة لخاصية العموم : القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية وبالاهلية ، أما بالنسبة لخاصية العموم مثالها القوانين الخاصة بالعقارات وبملكية الاموال (2).

[illegible]
[illegible]

1 _ **Le principe de solution des conflits est de rechercher quelle est des deux qualités de térritorialité ou d'extraterritorialité celle qui correspond le mieux au but des lois, la tache essentielle du législateur est de faire vivre la société en état de paix, Or la société n'est qu'une collection d'individus : il faut pour qu'elle puisse vivre et prospérer tenir compte des intérets de ses membres protéger l'individu contre le groupe c'est à dire contre ses semblables : d'ou une première catégorie de lois de protection individuelle : de telles lois doivent d'abord et surtout parmanente : une protection qui n'est pas continue manque son but comme un parapluis manquerait le sien qu'on n'ouvrirait en cas de pluie que par intermittence.**

JACKS - MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente L'ordre public et la faude à la loi . ED . 1952 . P. 2?

2 _ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص ؟

وهكذ يقسم " بيبيه" القوانين حسب اهدافها الى مجموعتين :

- مجموعة تتعلق بحماية المصالح العامة في المجتمع ، وبالتالي تكون من النظام العام .

- ومجموعة تختص بالحماية الفردية او الخاصة .

غير ان اهم مايؤخذ على (بيبيه) في منهجه التحليلي هذا، انه يصعب في اغلب الاحيان الفصل بين الاهداف الخاصة والاهداف العامة للقوانين ،ثم أن كل قانون لا يخلو من هدف معين يحققه في المجتمع ،والا انتفت الغاية من اصداره .

راجع نقد فكرة الهدف الاجتماعي لفي مؤلف الاستاذ:

- ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit international privé,E THESE 1979.P306

المطلب الثاني / فكرة النظام العام لدى الفقيه (بارتان) (BARTIN)

اشتهر الفقيه (بارتان) في دارسته لتنازع القوانين بوضعه لنظرية التكييف (LA QUALIFICATION) في القانون الدولي الخاص سنة 1889 .

وقد رأى "بارتان" أن التكييف يخضع لقانون القاضي (1) (LEX FORI) فالقاضي حين يعرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي ، فانه يتعين عليه تكييف هذه العلاقة وفقا لقانونه لتعيين القانون الواجب التطبيق

وقد تأثر الفقيه (بارتان) بفقه سافيني الى حد كبير اذ أخذ بفكرته في تحليل العلاقات القانونية مع بعض الاختلافات الجزئية، ورأى أن النظم القانونية في العالم المتمدين واحدة وأن اختلفت فيما بينها من حيث القواعد القانونية الداخلية في كل منها .

فاذا ما تعارضت روح النظم القانونية في القانون الاجنبي مع روح النظم القانونية في القانون الوطني، فانه يتعين على القاضي عدم السماح بتطبيق القانون الاجنبي

1- ANDRE CHAEPELLE = Les fonctions de l'ordre public en droit Int privé,these lçèç, 1979.P121

2 ـ علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط 1984 ،ص 38

اذ ينعدم في هذه الحالة الاشتراك القانوني بينهما أي بين قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي .

و تجدر الاشارة هنا الى أن مفهوم فكرة الاشتراك القانوني هي نفسها تقريبا عند الفقيه (بارتان) مع فرق بسيط بينهما ، فبينما يقصر (سافيني) فكرة الاشتراك القانوني على الدول التي تستقي قوانينها من مصدر واحد وتدين بديانة واحدة ، مثل ماهو الحال بالنسبة للدول الأوروبية ،فأن فكرة الاشتراك القانوني عند الفقيه (بارتان) تكون متوفرة في العالم المتمدين.(1)

غير أن اصطلاح "حضارة أو تمدن لايمكن تحديدها أو قياسها الا في وقت معين و في شعب معين .

وعلى هذا الأساس يصعب الحكم بصفة مطلقة على كون شعب ما متحضر وآخر غير متحضر،فهناك شعوب كانت بالأمس القريب تعتبر متحضرة وأصبحت في الوقت الحاضر تعد متخلفة،بينما كانت هناك شعوب متخلفة وأصبحت الآن متحضرة .

اذن،فمسألة التحضر أو التمدن مسألة نسبية تتغير حسب الزمان والمكان

و مما سبق ذكره نستخلص بأن فكرة الحضارة التي استند عليها الفقيه (بارتان) لاتقل غموضا وابهاما عن فكرة الاشتراك القانوني التي أتي بها الفقيه (سافيني) .

وعليه لايمكن التعويل على هذين الفكرتين في الوقت الحاضر كدليل على عدم اعمال الدفع بالنظام العام تجاه الدول التي يتوفر فيها الاشتراك القانوني أو الدول التي تنتمي الى الدول المتحضرة ، فكلا الفكرتين لاتغني عن اعمال الدفع بالنظام العام ،نظرا لتغير النظم الاجتماعية وتطورها واختلافها من دولة لأخرى .

1- ELGENDDAWY (K) = Relations entre systemes confissionnelle et laique en droit Int. Privé,ed 1971. P 216.

المطلب الثالث / فكرة النظام العام لدى الفقيه (نبوايه) (NIBOYET)

لقد اعتنق الفقيه (نبوايه) مبدأ اقليمية القوانين، متأثرا بالظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي كانت تسود فرنسا آنذاك بعد الحرب العالمية الاولى و الثانية، و ما خلفته هذه الحرب من خسائر مادية و بشرية، اضطرت فرنسا على اثرها الى اعادة ما هدمته الحرب فاصبحت بحكم هذه الظروف مستوردة للسكان، مشجعة بذلك هجرة الاجانب اليها.

كل هذه العوامل أثرت في الفقيه (نبوايه) وجعلته يعتنق مبدأ (اقليمية القوانين) لانه في نظره حسب الوضعية التي آلت اليها فرنسا أصلح لها بدلا من شخصية القوانين، لعدم وجود فرنسيين في الخارج (1)

ويرى (نبوايه) ان قواعد تنازع القوانين يجب الاقتصار على الميدان القانوني وعلى اعمال المنطق فحسب، بل يجب ان تخضع الاعتبار سياسي هو مصلحة الدولة،

1- د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 64.

2- د. علي علي سليمان = المرجع السابق، ص 39.

3-BATIFFOL et LAGARD= Droit int .privé Ed 1981.P282.

ومع ان (نبوايه) قد اعتنق مبدأ (الاقليمية) كقاعدة أصلية ، فانه قد قبل امتداد القوانين على سبيل الاستثناء ، وخاصة ما يتعلق بالحالة والاهلية و هو يرى كذلك أن تقسيم القوانين لايكون بالنظر الى الهدف الاجتماعي الذي دافع عنه استاذه (بييه) وانما بحسب الوسيلة الفنية (LE MOYEN TECHNIQUE) فاذا كان المشرع يريد ان يكون القانون ممتدا أو اقليميا ، فعليه ان يستعمل الوسيلة الفنية التي يترتب عليها ان يكون القانون اقليميا بصرف النظر عن الهدف الاجتماعي .

اما اذا كان يريد امتداد القانون مثلا ، فعليه ان يصوغه في عبارة تتصل بالحالة او الاهلية مباشرة (1) .

وينتهي (نبوايه) في الاخير الى القول ، بانه اذا أردنا أن نحدد فكرة النظام العام ، فانه يجب تحديدها من ناحيتين :

- الناحية التقنية أو الفنية (2) (LA METHODE TECHNIQUE) من جهة

- ومن ناحية الملائمة (L'OPPORTUNITE) من جهة اخرى

فمن الناحية التقنية ، يرجع (نبوايه) الى فكرة (سافيني) الذي يقول ، ان النظم القانونية الاجنبية الغير معروفة

---

1 - د . علي علي سليمان = المرجع السابق ، ص 37 .

2- JACK MAURY = L'eviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi ,ed 1952.107,

في قانون القاضي يجب ان تستبعد من طرف القاضي بمقتضى (ضرورة ميكانيكية) (NECESSITE MECANIQUE).

فاذا كان القانون الاجنبي مثلا يجيز انحلال الزواج بالنسبة للزوج الذي لازال على قيد الحياة، دون تدخل القضاء، او ترتيب (رهن بدون حيازة) (GAGE SANS DÉP 'OSSESSION) فانه يعتبر غير معروف في دولة القاضي ويتعين على هذا الاخير استبعاده بطريقة تلقائية

اما من ناحية الملاءمة، فانه في حالات معينة يتعين على القاضي استبعاد القانون الاجنبي، لاسباب تقتضيها الضرورة، مثال ذلك، ان يصطدم تطبيق القانون الاجنبي بمفاهيم اخلاقية مرعية في دولة القاضي (1).

غير ان مفهوم نبوايه على هذا النحو، قد انتقد، ففيما يخص جانب الملاءمة، يلاحظ، ان القول بان كل نظام قانوني غير معروف في دولة القاضي يجب استبعاده بطريقة تلقائية، يعد خاطئا من اساسه، ولا يمكن الاخذ به بأي حال من الاحوال، كمبرر لتحريك الدفع بالنظام العام، اذ من الناحية العملية يمكن ان تكون قواعد او نصوص أجنبية غير معروفة في دولة القاضي، ولكن هذا لا يعني

---

1 ـ د. جاك موري = استبعاد القانون الاجنبي المختص أصلا: للنظام العام و الغش نحو القانون ط، 1952، ص 108.

عدم صلاحيتها او عدم ملاءمتها ،وخاصة اذا كان هذا الاختلاف بين القانون الاجنبي وقانون القاضي راجعا الى اختلاف فني محض، كالاستقلال في وضع التشريعات مثلا.(1) اضافة الى ذلك فان الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى زيادة غير مقبولة للحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الاجنبي الذي تشير بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية .

---

1 ـ د. فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولى الخاص، ط 1974 ، ص [illegible]

المبحث السادس : مفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية .

لقد أنفردت الشريعة الاسلامية عن جميع الشرائع الوضعية بوضع نظام شامل و متكامل ، فنظمت المعاملات الدنيوية و الاخروية على حد سواء و العلاقة بين العبد و ربه عن طريق العبادات (1) ورسمت من جهة أخرى القواعد العامة المتعلقة بالمعاملات .

فهي بهذه المثابة شريعة عامة تخاطب الناس كافة مصداقا لقوله تعالى(وما أرسلناك الا كافة للناس)

وما يلاحظ في شريعتنا الاسلامية الغراء انها فيما يخص المعاملات لم تتطرق الى تناول الجزئيات اوالى الدخول في التفاصيل التي تتعلق بظروف المجتمعات لان الاصل في الشريعة الاسلامية هو العموم في حق الناس كافة .

فهي اذن اكتفت بموضع قواعد شاملة عامة ،وتركت الجزئيات للافراد ينظمونها حسب ما يقتضيه تطور المعاملات .

1-د . أحمد مسلم = القانون الدولي الخاص المقارن (مصر و لبنان) ط 1966 م ، ص 156 .

واذا بحثنا مسألة تنازع القوانين في اطار الشريعة الاسلامية، نجد ما قد تناولتها في اطار عام، ذي مفهوم يختلف تماما عما هو معمول به في الشرائع الوضعية وذلك في اعتقادنا راجع لسبب رئيسي يتمثل في كون الشريعة الاسلامية دينا سماويا ليس من وضع بشر، وهي بهذه الصفة لايعقل أن تنزل الى مرتبة الشرائع الوضعية أوتكون مساوية لها انطلاقا من مبادئها ان الاسلام يعلو و لا يعلى عليه .

واذا انعدم التكافؤ بين التشريعات، ترتب عليه تعذر قيام مسألة تنازع القوانين، ومن ثم لا يمكن تصور تطبيق القوانين الاجنبية أوحتى مقارنتها بقواعد الشريعة الاسلامية لاختلاف مصدر هما.[1] وعليه فلا يمكن أن تتزاحم الشريعة الاسلامية مع القوانين الوضعية، لكن هذا لا يعني أن العلاقات ذات العنصر الاجنبي لم تكن معروفة في الشريعة الاسلامية، بل على العكس من ذلك لقد نظمت الشريعة الاسلامية علاقات المسلمين بغير المسلمين عن طريق وضع قواعد موضوعية مباشرة

---

1 ـ د . أحمد مسلم = الوجيز في القانون الدولي الخاص المقارن، ط 1966 ، ص ٣٤٠

2 ـ د . جابر جاد عبد الرحمن= تنازع القوانين ط 1969 . ص 50 .

وردت في الفقه الاسلامي كالاحكام الخاصة بغير المسلمين واختلاف الدارين وزواج غير المسلمين وأحكام أهل الذمة ونحو ذلك [1].

وقد اشار القرآن الكريم الى هذه المعاملات بقوله (فان جاءوك فأحكم بينهم او اعرض عنهم) وقوله (وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم).

ويراعي في هذا الصدد أن الفقهاء في الشريعة الاسلامية يفرقون بين نوعين من القواعد .

نوع له صفة الالزام ، أو ما يسمى بالقواعد الآمرة التي لايجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها ، ونوع آخر ليست له هذه الصفة أو ما يسمى بالقواعد الاختيارية .

واذا كانت الشريعة الاسلامية تعطي لغير المسلمين المقيمين في بلد اسلامي امتيازات خاصة من حيث تطبيق شرائعهم في بعض المسائل ، فان هذه الامتيازات يجب الايفهم منها أنها تنسحب على النوع الاول من القواعد الآمرة التي لها صفة الزامية ، لان هذه القواعد تمس كيان المجتمع وبالتالي تتعلق بالنظام العام ، باعتبارها قواعد اساسية لاتحتمل التغير أو التبديل أو التطور، فهي قواعد ثابتة [2].

---

1 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدلي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص 18 .

2 ـ د . توفيق حسن فرج (احكام أهل الذمة لغير المسلمين من المصريين) ط2 ـ 1964 . منشاءة دار المعارف بالاسكندرية ص 263 .

وهذا هو الفرق الجوهري بين مفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية و مفهومه في القانون الوضعي .

فاذا كان مفهوم النظام العام في القانون الوضعي يتعلق اساسا بالمصلحة العليا لمجتمع ما يختلف باختلاف الازمنة و الامكنة ، وحسب مذاهب المشرعين ، السياسية والاقتصادية و الاجتماعية ، فهو بهذه المثابة يخضع للتغيير و التطور الذي يمر به المجتمع .

وعلى العكس من ذلك ، فان مفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية ينهض أساسا على الدليل الذي دل الحكم الشرعي عليه ، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت و الدلالة كأن يكون مصدره نصا في القرآن أو سنة متواترة أو اجماعا من الفقهاء السابقين يعتبر من النظام العام ، ولاتجوز مخالفته بأية صورة من الصور ، مثل كيفية الصلاة و الحج والحكم الثابت باجماع المسلمين، فمثل هذه الاحكام وغيرها تعتبر من النظام العام الذي لايختلف باختلاف الازمنة و الامكنة و البيئات . (1)

واذن فقواعد النظام العام في الشريعة الاسلامية ، كما يقول (احمد سلامة) هي تلك التي يعلم من تشريعها

---

1 ـ د . عبد الوهاب خلاف = تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، منشور له في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ،سنة 1948 ، ص ، 188 .

أن الشأن فيما هو الدوام و الاستمرار، فتكون بالتالي من الفقه الثابت، الذي ليس من شأنه الاختلاف و التبدل على حسب الاحوال والمقتضيات (1) .

وقد نقل فجر الاسلام (البيرزوي) في كتاب كشف الاسرار في الاحوال : أن من ينكر حكما مجمعا عليه بدليل قطعي يكفر لانه صار بانكاره لما هو من دين الرسول (ص) فصار كالجاحد لصدق الرسول (ص) ويلاحظ هنا، أن مفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية ينصرف فقط الى المسلمين ، ولا يمتد كذلك بالنسبة الى غير المسلمين، وهذا يعني كما يقول (توفيق حسن فرج) أنه حتى بالنسبة الى القواعد التي تعتبر من النظام العام في الشريعة الاسلامية ، فانها لاتعتبر كذلك بالنسبة الى غير المسلمين، متى كانت شرائعهم تقرها لان الاسلام يأمر بتركهم وما يدينون به (2) . (لا اكراه في الدين) الآية .

---

1 ـ د . أحمد سلامة = الاحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ط ، 1965 ، ص 131 .

2 ـ د . توفيق حسن فرج= الاحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين

وعلى هذا الاساس ينبغي الاشارة كذلك الى أن حرية الاعتقاد مكفولة وكفالتها من النظام العام ،وأن للشخص أن يغير مذهبه أو طائفته بشرط أن يكون هذا التغيير الى الاسلام لا الى ملة أو طائفة اخري ، و يترتب على مثل هذا التغيير آثاره من حيث القانون الواجب التطبيق، فتسرى عليه أحكام الديانة الجديدة دون مراعاة لما اكتسب من حقوق في ظل الوضع الاول الذي نشأت الرابطة أو العلاقة في ظله بل ودون البحث عما اذا كان هذا التغيير قد قصد لذاته أي كان عن عقيدة و اقتناع بافضلية الوضع الجديد أو لم يكن كذلك حتى لو قصد به الغش و التهرب من الوضع السابق وما يفرضه من التزامات و قيود ، كما لايهم كذلك الوقت الذي تم فيه التغيير ، سواء تم ذلك قبل قيام النزاع ورفع الدعوى أو في اثناء السير فيها (1) ، و تبدو مهمة القاضي في هذا الصدد عسيرة ، لان الامر يتعلق بمسألة دقيقة و حساسة قد يكون لها طابع ديني وهذا ما يجعل القضاة يترددون كثيرا ، أمام ما يعتبر من النظام العام .

---

1 ـ د. توفيق حسن فرج = المرجع السابق ، ص 113 .

ويستقى الفقه أمثلة جاءت بها شرائع غير المسلمين تعتبر فى بعض أحكامها مخالفة للنظام العام فى الشريعة الاسلامية ، من ذلك ما سكتت عنه بعض الشرائع المليية كالكاثوليكية من حيث استلزام فترة العدة بعد انتهاء الرابطة الزوجية مع أن عدم استلزام مرور فترة العدة ، يتعارض مع النظام العام في المجتمع ، لانه يؤدي الى اختلاط الانساب ، ولذلك اذا وجدت شريعة من الشرائع الخاصة بغير المسلمين لاتأخذ بهذا الحكم كان ذلك مخالفا للنظام العام .

ومهما يكن من الامر ، فان الحالات التي تعتبر فيها شريعة غير المسلمين مخالفة للنظام العام ، ينبغي الحذر في النظر اليها وفي اعتبار ما اذا كانت مخالفة للنظام العام ، فاذا تبين للقاضي بعد التريث وبحث حقائق الامور واحوالها ، أن هناك قاعدة من القواعد في شريعة غير المسلمين ، تتعارض مع النظام العام امتنع عن تطبيق هذه القاعدة ، وينبغي له أن يطبق الشريعة العامة ، وهي الشريعة الاسلامية (2)

---

1 ـ د . توفيق حسن فرج = المرجع السابق ، ص 113 .

2 ـ د . جميل الشرقاوي = الاحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والاجانب ج 1 ، ط 2 ، 1966 ، دار النهضة العربية ص 40 .

على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقا لا حكام الدين أو المذهب الجديد (1) .

واذن فلا يصح التحدي من احد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغير الزوج الآخر مذهبه (2) .

هذا وقد أيدت محكمة النقض المصرية اتجاهها السابق في عدم الاخذ بفكرة الحقوق المكتسبة، وعدم تطبيق شريعة العقد ، وطبقت الشريعة الجديدة من حيث تغير الديانة من الناحية الرسمية ،دون بحث عما اذا كان ذلك قد تم تهربا من أحكام ديانته السابقة :فمتى ثبت أن الشخص أسلم، فان الشريعة الاسلامية هي التي تحكم حالته من هذا الوقت ، اذ القول بغير ذلك فيه أهدار غير جائز لحقوق موضوعية و مخالفة للنظام العام و لا محل للقول بأن المدعى عليه لا يصح اعتباره مسلما بعد ارتداده وأنه لا يزال على دينه وأنه انما اظهر اعتناقه للاسلام تهربا من اختصاص المجلس الملي :

---

1 ـ د. جميل الشرقاوى = المرجع السابق ، ص 41.

2 ـ راجع مؤلف د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 198.

3 ـ د.عبد الناصر توفيق العطار = مجلة ادارة قضايا الحكومة ، س 14، عدد 4 ، ط1970 ، ص 813 .

واخيرا فان محكمة النقض المصرية ،قد انتهت الى الأخذ بالرأي الذى يترتب على اعتناق الاسلام أثره ، بغض النظر عن البواعث التى دفعت الى هذا التغيير ، فقررت ، أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية لا يمكن لاية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط، دون البحث عن الأمور الباطنية ،كأن يؤدى الشخص شعيرة من الشعائر التى يختص الأسلام بها ، كصلاته فى جماعة من المسلمين أو يؤدى فريضة الحج ، لأن اتيان هذه الشعائر دليل على اعتناق الاسلام .(1)

---

1 ـ انظر فى هذا المعنى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار = مجلة ادارة قضايا الحكومة ،س 14، عدد 4 ،ط 1970 ،ص 813.

ـ وانظر كذلك الدكتور أحمد مسلم ، المرجع السابق ،ص 801.

وأيا كان الباعث على اعتناق الاسلام ، فان جمهور الفقهاء ومعظم أحكام القضاء قد استقر على وجوب تطبيق الشريعة الاسلامية على دعوى الطلاق عند اعتناق احد الزوجين الاسلام حتى بعد رفع الدعوى، وبصرف النظر عما قد يزعمه الطرف الأخر من حقوق اكتسبها عند الزواج، ودون بحث فيما اذا كان اعتناق الاسلام قد تم للتحايل على تطبيق قانون دون آخر فالدفع بالغش نحو القانون مرفوض في مجال الامور النفسية المتصلة بالعقيدة والتي لا يمكن للقاضي أن يعرف حقيقتها على وجه اليقين (1) .

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها، بأن "الاعتقاد الديني من الأمور التي تبنى الاحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان والتي لايجوز لقاضي الدعوى وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ان يبحث في جديتها ولا في بواعثها ودواعيها (2) خصوصا وأن في الفقه الاسلامي قاعدة شهيرة تقرر أن " شرع الظاهر والله يتولى السرائر" (3) .

ودللت على استشهادها المتقدم بقوله تعالى "ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلم لست مؤمنا ." وبالحديث الشريف

---

1 ـ د.عبد الناصر توفيق العطار = المرجع السابق ص 813

2 ـ نقض 19 / 11 / 1966 طعن 28 لسنة 33 ق ، مجموعة الاحكام ص 17، عدد 1 ، ص 74.

" أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق.

3 ـ أحمد مسلم = المرجع السابق ، ص 202.

الذى أنب شخصا تشكك في صدق عقيدة آخر بقوله (هل شققت قلبه .

من الناحية القانونية يرى احد الشراح ان المحكمة شبهت تغيير الدين بتغيير الجنسية ،من حق دولة الجنسية الجديدة ان ترتب على دخول الشخص فيها تمتعه بكل حقوق الوطنيين ، دون ان يحتج عليه باحكام الجنسية القديمة ، وينتهي هذا الرأي الى أنه يمكن القول بان تغيير الدين الى الاسلام ، اياكانت بواعثه يعتبر (لجوءا قانونيا) الى قانون القاضي أي القانون الوطني[1]، فلا يستطيع هذا القاضي الاالاعتداد به ، وبالتالي تعتبر مسألة دخول الشخص الى الاسلام مسألة تتعلق بالنظام العام لاتجوز مناقشتها[1].

كما قضت بأن عقد الزواج لا يكسب ايا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا ، ولا يصح التحدي من احد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته[2].

ومن القضايا التي عرضت على المحاكم العراقية والتي غلبت فيها الشريعة الاسلامية ، قضية أصدرت فيها محكمة

---

1 ـ د . موجز القانون الدولي الخاص المقارن ، ط1966 ، ص

2 ـ د . توفيق حسن فرج = احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، ط 2 ـ 1964 ، ص 198.

المواد الشخصية قرارها في 2 أفريل 1952 ، وقبل أن يوضع القانون المدني العراقي موضع التطبيق في 8 / 9 / 1953 .

وخلاصة القضية هي أن عائلة انجليزية متوطنة في العراق مكونة من أب وأم وبنت ، توفي الأب ، وعند بلوغ البنت سن 13سنة من العمر أشهرت اسلامها وعقدت نكاحها على عراقي أمام المحكمة الشرعية الجعفرية في بغداد وعندما علمت أم البنت بهذا الزواج رفعت دعوى أمام محكمة المواد الشخصية طلبت فيها ابطال الحجة الصادرة باسلامها وابطال عقد الزواج الواقع وتسليم البنت اليها باعتبارها لم تبلغ سن الرشد بتمام الثامنة عشرة من العمر ، ولأنها بريطانية لايحق لها ان تتصرف تصرفات قانونية دون موافقة وليتها ، وقال دفاعها بما ان احكام القانون الدولي الخاص تشترط في زواج الأجانب أن يكون العقد صحيحا حسب شريعتي الزوجين ، وحيث ان زواج هذه البنت غير جائز بموجب احكام القانون الانجليزي ، لذا فقد طالبت بفسخ عقد النكاح .

وبعد أن انجأت المحكمة الى قواعد الاسناد بموجب قانون مركز الأجانب في العراق الصادر في سنة 1931 وكذلك احكام القانون المدني قبل وضعه موضع التطبيق ، تبين لها أن القانون الانجليزي يحيل الحكم الى القانون العراقي باعتباره

د . ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون و الاقتصاد (جامعة البصرة) العدد الاول والثاني سنة 1971 ، ص 147 .

قانون الموطن بخصوص القواعد الموضوعية لانعقاد الزواج .

وبما أن القانون العراقي المأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية يجيز زواج البنت المراهقة اذا أدعت ببلوغها أمام القاضي وظاهر حالها لايكذبها لأن البلوغ في الشريعة الاسلامية يتراوح من سن التاسعة الى سن الخامسة عشر من العمر .

لذا فان لهذه البنت الحق في أن تزوج نفسها بمن تشاء ولو ليها حق ابطال ، زواجها من ناحية الكفاءة فقط، وعلى هذا الاساس ليس لامها المدعية الحق في معارضتها في الزواج لانها ليست ولية عليها.حيث ان غير المسلمة لا يجوز ان تكون ولية للمسلمة . (1)

---

1 ـ ان الشريعة تجيز زواج الصغيرة باجازة الولي ـ راجع اللباب في شرح الكتاب ، الجزء الثالث ،ص 10 ـ 11 .

ـ مشار اليه في مجلة القانون و الاقتصاد العدد الاول و الثاني في سنة 1971 جامعة البصرة ، تعليق الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ ،ص

ـ نشرت هذه القضية في كتاب احكام القضاء العراقي على مواد القانون ، للمحامي عبد العزيز السهيل الطبعة الاولى ، الجزء الاول ،ص 40 ـ 41 .

وعليه فمبدأ سلام البنت رفعت ولاية أمها غير المسلمة واصبحت ولايتها للقاضي باعتبار أن القاعدة الفقهية في الشريعة الاسلامية تبين ان الامام (القاضي اليوم) ولي من لاولي له . (1)

ان المحكمة لم تقرر ولاية غير المسلمة على المسلمة لمخالفتها لمبدأ النظام العام ، لان كل مسائل الاحوال الشخصية من النظام العام ومن ضمن هذه المسائل مشكلة الولاية على النفس، ولم تميز المدعية هذه القضية امام محكمة تمييز العراق . (2)

اما فيما يتعلق بالميرا ث في الشريعة الاسلامية فانها تميز بين الورثة المسلمين و الورثة غير المسلمين ، فتطبق الشريعة

1- انظر المادة 11 من قانون الاسرة الجزائري الصادر بقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 التي تنص على انه (يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فاحد اقاربها الاولين . والقاضي ولي من لاولي له) .

2- د . ممدوح عبد الكريم حافظ = المرجع السابق ، ص : 148

الاسلامية بالنسبة للمسلمين و لا تلزم احكامها الورثة غير المسلمين .

و من القضايا يا التي عرضت في هذا الشأن ، هذه القضية التي تتلخص وقائعها في وفاة شخص لبناني في بيروت بتاريخ 1949/07/19 ، وترك وصية مؤرخة في 15 مارس 1949 ، وضمن فيها كل تركته لزوجته السيدة (جان يوليت) واذ لم يكن له ورثة سوى زوجته الموصى لها وشقيقه (البير ناصر) وفقا لأحكام القانون اللبناني ، قام مكتب تنفيذ الوصايا في لبنان باخطار شقيق الموصى بما تضمنته الوصية ،ورد على هذا الاخطار بقبول الوصية المذكورة فيما يختص بالاموال الموجودة في لبنان ونازع في صحتها بالنسبة للاموال الموجودة في مصر استنادا لاحكام القانون المصرى الواجبة التطبيق ، وهي لاتجيز الوصية أكثر من الثلث وهي القاعدة المعمول بها في الشريعة الاسلامية .

وبتاريخ 31 / 12 / 1957، حكمت محكمة الاسكندرية الابتدائية علنا وحضوريا بصحة وصية (الفريد ناصر) والتى أوصى بمقتضاها لزوجته السيدة (جان يوليت ناصر) بجميع ثروته مع جميع مايترتب على صحة ونفاذ هذه الوصية من اثار قانونية .

فاستأنفت السيدة (أليس عسكر) و من معها هذا الحكم لدى محكمة الاستئناف الاسكندرية تطلب تعديله وقصر الوصية على ثلث التركة ، وبتاريخ 17 يناير 1965 ، حكمت المحكمة حضوريا بقبول الاستئناف شكلا ورفضه موضوعا و تأييد الحكم المستأنف .

فطعن في هذا الحكم بطريق النقض، وعرض الطعن على محكمة النقض المصرية ، وقد نعى الطاعنون على الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق القانون لأسباب أربعة ، تذكر ما يعنينا منها ما يتعلق بالدفع بالنظام العام حيث أضاف الطاعنون أنه بمقتضى السبب الرابع من اسباب الطعن ، أن أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالقدر الذي تجيزه الوصية يعتبر من النظام العام ، مما يوجب على المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الاسناد متى تعارض مع هذه الاحكام ، ولا وجه للقول بان للأجانب التمسك بتطبيق شريعتهم في مواد المواريث و الوصايا .. .

وقد رفضت محكمة النقض، هذا السبب من اسباب الطعن مقررة أن هذا السبب مردود ، لانه وفقا للمادة 28 من القانون

المدني ، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة لايجوز استبعاد احكام القانون الأجنبي الواجبة الا ان تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الأداب، في مصر ، بان تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف احكام القانون الأجنبي عن احكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال في الدعوى . (1)

التعليق :

يشير د . علي صادق هشام ، في تعليقه على هذا الحكم فيما يتعلق بالنظام العام ، بقوله ، أشار الطاعنون في اسباب طعنهم امام محكمة النقض في هذه القضية أنه لايجوز للموصى وهو متمتع بالجنسية اللبنانية أن يوصى بما يزيد عن ثلث أمواله بدعوى ان القانون اللبناني المختص بحكم النزاع لايسمح بذلك وبرر الطاعنون هذا السبب من أسباب طعنهم بكون أحكام الشريعة الاسلامية فيما يختص بالقدر الذي تجوز الوصية فيه تعتبر من النظام العام ، مما يوجب على المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الاسناد متى تعارض مع هذه الاحكام .

---

1 ـ طالع هذه القضية في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، س 14 ، عدد 4 1970 ، ص 442 .

وهنا يبدو الطابع الاستثنائي للنظام العام في القانون الدولي الخاص، فهو كما وصفه الاستاذ (علي صادق هشام) اداة لاستبعاد القانون الأجنبي و تطبيق القانون الوطني بصفة استثنائية ، خروجا على الأصل العام في تطبيق القانون الذى اشارت قواعد الاسناد باختصاصه وطنيا كان أو أجنبيا .

ويضيف قائلا ((... ونحن لا نتسكك في هذا التحليل، اذ من غير المقبول ان يستبعد القاضي القانون الأجنبي ، في جميع الاحوال التي تتعارض فيها احكامه مع نصوص القانون الوطني ، ولو كانت آمرة ، ذلك ان المشرع اذا اشار باختصاص قانون أجنبي معين لحكم النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا فانما يفعل ذلك لما رآه من أن هذا القانون هو اكثر القوانين ملائمة لطبيعة المسألة المعروضة .

و في ضوء هذه الحقيقة ، فانه يمكن القول بان حكم محكمة النقض هذا ، قد اصاب فيما قرره من أن اختلاف احكام القانون اللبناني الواجبة التطبيق على الوصية بالنسبة للقدر الجائز الايصاء به عن القواعد المقررة في الشريعة الاسلامية لا يستوجب استبعاد هذا القانون باسم النظام العام في مصر)) . (1)

---

1 ـ د . علي صادق هشام = المرجع السابق ، ص 443 [illegible]

غير ان هذه المسألة التي لم يدفع فيها المشرع المصرى بالنظام العام لكونها لاتتعلق بالمسلمين فالملاحظ في هذه القضية ان كلا من الموصي و الموصى له وباقي الورثة ، ليسوا من المسلمين ، ومن ثم يثور التساؤل عما اذا كان الأمر يختلف فيما لو كان هؤلاء الورثة يدينون بالاسلام ، اذ الأمر يختلف تماما ، فلو كان الورثة مسلمون ، فانه لايجوز مخالفة قاعدة أنصبة الميراث المقررة في الشريعة الاسلامية ، اذ أن ذلك يعتبر من النظام العام في حق المسلمين ، وبالتالى لايجوز الايصاء اكثر من الثلث اذا كان الأمر يتعلق بالمسلمين .

ويبدو هذا واضحا في عبارات محكمة النقض الواردة في حيثياتها ، انها قد تحكم باستبعاد احكام القانون الأجنبي بحكم الوصية بالنسبة للقدر الجائز الايصاء به ، و ذلك فيما لو تعلق الأمر كما ذكرنا بالمسلمين .

فبعد ان قررت محكمة النقض ، المبدأ العام المشار اليه في عدم جواز استبعاد القانون الأجنبي المختص لو تعارضت احكامه مع المصالح الاساسية للجماعة اضافت قولها ، ولايدخل في هذا النطاق اختلاف احكام القانون الأجنبي

عن احكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال في هذه الدعوى)) .

وأخذا بمفهوم المخالفة ، فانه لو تعلق الأمر بالمسلمين لتعين استبعاد القانون الأجنبي الذي يقرر أحكاما تتعارض مع الشريعة الاسلامية بالنسبة للقدر الجائز الايصاء به . xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

وذلك لأن النظام العام في جمهورية مصر في دائرة الاحوال الشخصية يقوم على فكرة من الاسلام ولذلك فانه يتعين في هذه الحالة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى اختلفت احكامه مع احكام المواريث في الشريعة الاسلامية و قانون الميراث المستقاة من القرآن بالنسبة للمسلمين))[1] .

د . هشام علي صادق = تعليقات على الأحكام المصرية ،مجلة ادارة قضايا الحكومة ، س 14، عدد 4 ، 1970 ، ص 443 .

كما نلاحظ في هذه القضية ان محكمة النقض المصرية ، اضافة الى استعمال التفرقة في تطبيق احكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين ، واعتبار هذه القاعدة -قاعدة عدم جواز الوصية اكثر من الثلث - من النظام العام ،وعدم اعتبار هذه القاعدة من النظام العام بالنسبة لغير المسلمين ،فان النظام العام في الشريعة الاسلامية ،اذا تعلق بمبدأ مقرر شرعا ،فانه يعتبر ثابتا ، لايتغير بتغير المكان و الزمان ،مثل مفهوم النظام العام في القانون الوضعي.

يتضح لنا مما سبق، ان الشريعة الاسلامية لم تعرف مسألة تنازع القوانين، وهذا يرجع الى عدة اسباب، اهمها، ان الشريعة الاسلامية قد اخذت بمبدأ اقليمية القوانين، فالقاضي المسلم يطبق احكام الشريعة الاسلامية و يمتنع عن تطبيق شريعة أخرى، على اساس ان الشريعة الاسلامية بحكم وضعها المتميز عن باقي التشريعات الوضعية تعطي لنفسها الغلبة مقدما على جميع الشرائع الوضعية الأخرى .

على أن الشريعة الاسلامية قد أخذت أيضا بمبدأ (شخصية القوانين) فهي على ما انطوت عليه من تسامح بين الناس قد أباحت لغير المسلمين فيما بينهم ان يحتكموا الى ملتهم فيما يتعلق بمسائل المعتقدات و العبادات، بل وفيما يتعلق بالمعاملات وسواء أخذت الشريعة الاسلامية بمبدأ اقليمية القوانين أو بمبدأ (شخصية القوانين) ، فانه في الحالتين لاتطرح مسألة تنازع القوانين ، لأن القاضي في كلتي الحالتين لا يطبق الا قانونه .

أما عن مفهوم النظام العام في الشريعة الاسلامية فانه يختلف عن مفهوم النظام العام في القوانين الوضعية

فهو يتصف في الشريعة الاسلامية بالثبات ، أي لا يتغير بتغير الزمان و المكان ، كما هو الشأن بالنسبة لمفهوم النظام العام في القوانين الوضعية .

و معياره هو الدليل الذى دل الحكم الشرعى عليه ، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعى الثبوت و الدلالة ، سواء كان مصدره القرآن او السنة او اجماع المسلمين ، فهو من النظام العام يتعين على القاضي المسلم التقيد به .

الباب الاول :

النظرية العامة للنظام العام .

LA THEORIE GENERALE DE L'ORDRE PUBLIC .

الفصل الاول :

دور النظام العام في القانون الدولي الخاص وعلاقته ببعض المفاهيم الاخرى .

تمهيد :

لقد عرضنا عند تقديمنا للفصل التمهيدى لفكرة النظام العام و تطورها عبر المدارس الفقهية .

و سنعرض في هذا الفصل دور النظام العام في مجال تنازع القوانين الدولية الخاصة وكيفية اعماله ، كسبب لاستبعاد القانون الاجنبي الذي تشير بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية .

من المتفق عليه ، أنه اذا ماتم تكييف العلاقة القانونية واسنادها الى قانون أجنبي تعين على القاضي أن يفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لما يقضي به القانون الاجنبي .

غير أن القاضي قد يعدل عن تطبيق القانون الاجنبي اذا ما تبين له أن في تطبيق هذا القانون ما ينافي المبادىء الاساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه ، وبعبارة اوضح فالقاضي يمتنع عن تطبيق القانون الاجنبي اذا كان يمس النظام العام .

ولقد بذل الفقهاء جهودا مضنية في سبيل تعريف النظام العام لتحديد نطاقه وتعيين القواعد التي تعتبر

من النظام العام ،وقبل التعرض للتعاريف التي وردت بشأنه ،يحسن بنا أن نميزه عن بعض المفاهيم المشابهة له في المباحث الاتية :

المبحث الاول : التفرقة بين دور النظام العام في القانون الداخلي ، و بين دوره في القانون الدولي الخاص .

رغم ان فكرة النظام العام تهدف الى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع ، و هو هدف تسعى التشريعات الى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي الا ان عمل هذه الفكرة لا تعني في نظر جانب من الفقه (1) تطابق فكرة النظام العام في كل من القانون الدولي الخاص و القانون الداخلي ، ويبرز هذا الاختلاف على وجه الخصوص في النقاط التالية :

ا ـ في القانون الداخلي تعتبر بعض القواعد القانونية متعلقة بالنظام العام ، بينما يعتبر البعض الآخر غير متعلق به .

و رغم ان بعض الفقهاء، قد سفه هذا القول، بتأكيدهم أن القواعد القانونية تهم النظام العام في الدولة ، الا أن المقصود ، اصطلاحا بتعلق بعض القواعد القانونية بالنظام العام ، هو كونها قواعد آمرة لا يجوز

---

1 - EDOARDO - VITTA = L'ordre public en matiére de divorce et de NULLITE de Mariage . Revue critique de droit Int. privé Année 1965 . P 261 .

راجع في هذا المعنى :

Jack Maury = l'éviction de la loi normalement compétente :l'ordre public et la faude à la loi ED. 1952.P

للافراد الاتفاق على مخالفتها ، خلافا للبعض الآخر من القواعد لا تعتبر متعلقة بالنظام العام ، بمعنى انه لاحرج على الافراد من الاتفاق على مايخالفها ، بينما يستعان بفكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذى اشارت قواعد الاسناد باختصاص . (1)

ثانيا : يكون الدفع بالنظام العام في القانون الداخلي عندما تكون العلاقة محل النزاع وطنية بحتة ، أي علاقة لا تشتمل على عنصر أجنبي .

أما الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص فلا يثار الا بصدد علاقة قانونية مختلفة العناصر أي يجب أن تشتمل على عنصر أجنبي . (2)

ثالثا : قد يجرى شخص تصرفا ما أو يمارس حقا ، يكون مخالفا للنظام العام في القانون الداخلي لدولة ما و مع ذلك يجوز التمسك به داخل هذه الدولة و لا يعتبر مخالفا للنظام العام من وجهة نظر القانون الدولي الخاص ، مثال ذلك :

أن يقوم جزائرى بلغ 19 سنة ، بتصرف يتعلق باهليته

---

1 ـ د . أحمد مسلم = الموجز في القانون الدولي الخاص المقارن، ط 1966 ص

2 ـ د . على صادق هشام = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولى الخاص العراقي ، ط 1974 ، ص [illegible]

و هو في هولندا أو في المكسيك، فان تصرفه هذا يعتبر صحيحا طبقا لقانون جنسيته الذي يعتبره بالغا سن الرشد، أي بلغ 19 سنة من العمر غير مصاب بعارض من عوارض الاهلية ، في حين أن القانون الهولندي لا يعتبر الشخص راشدا الا ببلوغ 23 سنة ، و القانون المكسيكي ببلوغ 25 سنة(1) .

و قد يذهب جزائري متزوج باثنتين الى فرنسا و يحدث بين احدى زوجتيه نزاع أو خلاف يصل الى القضاء هناك ، فمع أن الزواج باكثر من واحدة في فرنسا يعتبر مخالفا للنظام العام في القانون الداخلي لفرنسا ، فلن يمتنع القضاء الفرنسي عن الحكم لهذه الزوجة أو عليها باعتبارها زوجة طبقا للقانون الدولي الخاص .

رابعا : يضع انصار الازدواج سببا آخر للتمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و النظام العام في القانون الداخلي(2) ، و يقولون أن التمسك بالنظام العام في القانون الداخلي يترتب عليه البطلان المطلق للتصرف الذي يتعارض وفكرة

---

1 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص 151 .

2 ـ د. انور العمروسي = التعليق على نصوص القانون المدني المعدل لمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية ، ط 1981 ، ص 120.

النظام العام ، في حين ان الدفع بالنظام العام الدولي لا يترتب عليه بطلان التصرف ، وانما يرتب اثرا في تغيير الاختصاص للقانون المختص أصلا ، ومن ثم يؤدي الى استبعاده أو ابداله بقانون آخر . (1)

و يرجع هذا التمييز بين دور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص و القانون الداخلي الى المدرسة الايطالية الحديثة ،فقد استخدم الفقيه (مانشيني) هذا التمييز على وجه الخصوص في تقرير اسناد بعض العلاقات الى قانون القاضي بدلا من ، اسنادها الى قانون أجنبي (القانون الشخصي)، فقسم بذلك قواعد الاسناد الى مجموعتين : قواعد اسناد الى قانون الجنسية تستند الى مبدأ الجنسيات القومية ،و هي الأصل ، و قواعد اسناد الى قانون القاضي تستند الى فكرة النظام العام و هي الاستثناء . (2)

و قد رأينا آنفا ،انه من حيث الكم كان الاستثناء أكبر بكثير من القاعدة في تطبيقاته (3) ، الأن الفقه المعاصر في تنازع القوانين يستخدم فكرة النظام العام لا لانشاء قاعدة اسناد معينة و لكن لهدم قاعدة الاسناد المقررة

---

1 ـ د . علي صادق عشام = مجلة ادارة قضايا الحكومة س 14 عدد 4، 1970 ص

2 ـ د . أحمد مسلم = الوجيز في القانون الدولي الخاص المقارن ، ط 1966 ص205

3 ـ راجع مؤلف الدكتور علي علي سليمان المرجع السابق

مهدما جزئيا ، ذلك انه اذا اشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون أجنبي معين على علاقة ذات عنصر أجنبي ، ثم تبين بعد ذلك ان تطبيق هذا القانون يتعارض في تطبيقه مع الاسس الجوهرية لدولة القاضي ، فانه يتعين على القاضي ان يستبعد تطبيق ذلك القانون لمخالفته للنظام العام السائد في دولته . (1)

وقد حاول البعض ان يتخذ من اختلاف دور وظيفة النظام العام في القانون الدولي الخاص، ودورها في القانون الداخلي، ان يقسم النظام العام الى قسمين : نظام عام دولي أو مطلق، و نظام عام داخلي أو نسبي (2)، و قال ان النوع الأول عبارة عن قواعد النظام العام التي تسري على الوطنيين و الاجانب على حد سواء، و النوع الثاني ، هو عبارة عن قواعد النظام العام التي تسري على الوطنيين فقط . (3)

غير أن معظم الفقه المعاصر قد انتقد هذا التقسيم وهذا الازدواج، وبين انتقاده، هذا أولا ، على عيب في التسمية ، أي بوصف النظام العام بالدولية ، فهذه التسمية في حد ذاتها تعتبر معيبة (D E F E C T U E U S E) .

---

1 ـ د . أحمد مسلم = الوجيز في القانون الدولي الخاص المقارن، ط 1966

2 ـ يرى الاستاذ (D E S P A N E T) ان قواعد النظام العام النسبي قابلة للتغيير في كل دولة ، بينما قواعد النظام العام المطلق=

و يصف أحد الفقهاء هذه التفرقة أو هذا التقسيم بين النظام العام الدولي ، و النظام العام الداخلي (بالخطورة) (1) لكونها تقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية و العلاقات الخاصة في المجال الدولي . كما أن من شأن اعمال هذه التفرقة بين النظامين (النظام العام الدولي ، والنظام العام الداخلي) تعطيلا ، بل تجميد الوظيفة قاعدة الاسناد، كما تؤدي في نهاية الأمر الى الحاق أضرار بالغة باطراف العلاقة موضوع النزاع ، لأن اطراف النزاع لا يتوقعون في تعاملهم

= تعبير عن المبادئ العامة للعدالة و الاخلاق و حسن التنظيم في مجتمع متحضر).

" Les régles d'ordre public relatif "Dependant" de particularité essentiellement contegentes variable pour chaque pays, Alors que les régles d' ordre public Absolu som L'expression d'un principe génèrale de justice de morale ou de Bonne organisation Sociale don on ne sourait supporter la violation sans compromettre de bonne Fonctionnement d'une Société Civilisée ."

Voir ANDRE CHAPPELLE = Les fonctions de l'ordre public en droit Int. privé THESE 1979. p 371

1 ـ د . عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ،جـ2 ،ط 1977 ، ص 535

الوصول الى هذه النتيجة التي فرضت عليهم ، و هي استبعاد قانونهم أو تطبيق قانون غريب عليهم
(1)
و يرى الفقيه (نبوايه NIBOYET) في هذه التفرقة انما ليست جيدة (N'est pas bonne).

فهي من جهة تفرقة خادعة (TRAMPEUR) ، و من جهة آخرى، فهي تفرقة خاطئة (FAUX).

فهي خادعة (TRAMPEUR) ، لأن اصطلاح نظام عام دولي قد يحمله السامع على معنى (نظام عام مشترك فيما بين الدول) (Ordre public international Commun) مع ان النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية ، حقيقة قد يتفق ان تكون مسألة أو مسائل معينة معتبرة من النظام العام في اكثر من دولة ، و هي المسائل المتفق عليها في الامم المتحضرة (Nations civilisées).

مثل " تحريم الرقيق ، و النخاسة ، و اعمال القرصنة في البحار" (2)

L'interduction de la traite des négres, de la piratrie sur la mers .

غير ان هذا النوع من المسائل لا يتحقق الا في اضيق الحدود و هو على أية حال لا ينفي عن النظام العام حتى في هذه الحالات صفة الوطنية .

---

1 ـ د. عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، ط 1977، ص 535

- NIBOYET = cours de droit Int. privé Ed,1947 . p 422

وهي أيضا تفرقة خاطئة (F A U X) ،لأن ما يسمونه نظاما عاما دوليا ،هو في الحقيقة نظام عام داخلي،فالنظام العام الدولي و النظام العام الداخلي هما النظام العام الوطني للدولة (1) (Oredre public National).

مثل النظام العام الجزائري، و النظام العام المصري ،و النظام العام الفرنسي الخ الا ان مقتضيات ذلك النظام العام ليست واحدة في العلاقات الداخلية و في العلاقات الدولية الخاصة .

و يضيف (نبر ايه) الى ما سبق ذكره " وليست التفرقة ما بين النظام العام المطلق المقابل للدولي" (2)

(Ordre public absolu) ،و النظام العام النسبي (L'ORDRE PUBLIC RELATIF.

المقابل للنظام العام الداخلي أوفر حظا من سابقتها اذ أن النظام العام مطلق دائما .

و يقترح (نيبوايه) (N I B O Y E T) في النهاية بعد نقده لهذا التقسيم استعمال " تعبيرين " و هما النظام العام بمعناه في القانون الدولي الخاص، و النظام العام بمعناه في القانون الداخلي ، أي يستعمل حسب رأيه تعبير استعمال استثناء النظام العام في القانون الدولي الخاص،الذي ينهض

---

1 ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض = المرجع السابق ، ص 535.

2 - NIBOYET = Cours de droit Int. privé ED 1947 . P480.

فقط عندما يكون القانون الأجنبي المختص يصطدم بالمبادىء أو الاسس الجوهرية لدولة القاضي .

أما النظام العام الداخلي فيستعمل في ابطال الاتفاقات الخاصة التي تخالف القواعد الآمرة أو الناهية ، و النظام العام يعتبر في نظره دائما مطلق ، سواء استعمل في مجال القانون الدولي الخاص أو في القانون الداخلي .

و هكذا ينظر " نيبوايه " الى النظام العام على أساس وظيفته وليس على أساس موضوعه . فموضوع النظام العام دائما واحد وان تعدد توظيفته[1] .

و يطلق البعض الآخر على الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص بالنظام العام الاستبعادي أو النظام العام للاستبعاد[2] (L'ordre public d'éviction) ، تمييزا له عن النظام العام الذي يقتصر على ابطال الاتفاقات الخاصة للافراد، عندما يخالفون القواعد الآمرة (Régles imperatives) .

و هناك من يعبر عن هذا التمييز بين وظيفة النظام العام في القانون الداخلي ووظيفته في القانون الدولي الخاص بالنظام العام التوجيهي (L'ordre public de direction) ، و النظام العام الحمائي[3] (L'ordre public de protection) .

---

1 - NIBOYET = Cours de droit Int. privé Ed 1947. : 488

2 - JACK MAURY=L'éviction de la loi normalement compétente :l'ordre public et la fraude à la loi ,ed 1951 . P71

3 - CHAPPELLE ANDRE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int privé , THESE 1979 . P 295

تأصيل هذه التفرقة أو الازدواجية في النظام العام

الواقع هو ان سبب تمسك انصار ازدواجية النظام العام بهذا التقسيم، يرجعه الفقه الى عدة اسباب، اهمها، عدم وجود اصطلاح خاص بمفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، فضلا عن أن طابع الازدواج هذا، قد ظهر في جميع فروع القانون، وخاصة في القانون المدني الفرنسي، لاسيما في المادة السادسة منه، التي تقضي بانه ،(لايجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الاداب) (1)

وقد رأى رجال الفقه في حكم هذا النص قيدا على سلطان الارادة في ترتيب احكام الالتزامات التعاقدية، ورأوا تقسيم القوانين، الى قوانين يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها وقوانين لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، وهذا القسم الثاني يضم القوانين المتعلقة بالنظام العام، واذن فهم قصدوا في الحقيقة بالقوانين المتعلقة بالنظام العام القوانين الآمرة (IMPERATIVE)، وذلك بالمقابلة بالقوانين الاختيارية أو المفسرة (FACULTATIVES) (2)، ويجري هؤلاء الفقهاء مقابلة بين المادة الثالثة فقرة اولى من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بان قوانين البوليس والأمن تسري

1- LERBOURE/PIGEONNIERE = Droit International privé, Ed 1981, P321.

2- د . عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ، ط 1977 ، ص 531

على كافة من يسكنون الاقليم (اقليم فرنسا) و المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بانه لايجوز بالاتفاق مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام و الاداب.

و قد دعا الفارق بين أثر تعلق القانون بالنظام العام في العلاقات الداخلية و بين أثر تعلقه بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة الى التفرقة بين النظام العام الداخلي أو النسبي و بين النظام العام الدولي أو المطلق أو الاقليمي، أو بين النظام العام التوجيهي و النظام العام الحمائي كما رأينا من قبل، بحيث يكون أثر مفعول تعلق القانون بالنظام العام الداخلي هو عدم استطاعة الافراد الاتفاق على مخالفة احكامه ويكون أثر مفعول تعلق القانون بالنظام العام الدولي هو استبعاد القانون الاجنبي المختص أصلا وابدا له بقانون آخر . (1)

و مما سبق ذكره، يكون انصار الازدواج قد استندوا في تبرراتهم الآنفة الذكر الى المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي، و كذلك الى المادة الثالثة فقرة أولى من نفس القانون وابتكروا هذه التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام في القانون الدولي الخاص .(2)

وبسبب المقارنة بين هاتين المادتين وقع الخلط في اذهان انصار الازدواج .

---

1 ـ د . عز الدين عبد الله = المرجع السابق، ص 484

2- CHAPPELLE ANDRE = Les Fonctions de l'ordre public en droit International privé , ED THESE 1979 . P [illegible]

غير أن القضاء الفرنسي يبدو أنه حل هذا الاشكال أو هذا الغموض ، فاتخذ حلا وسطا، فهو لا ينفي التشابه الكبير بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي متأثرا بالحياة العملية إذ يعتبر القوانين الخاصة بالحالة أو الاهلية للاشخاص من النظام العام الداخلي.

و تأسيسا على ذلك فان استناد قانون الاحوال الشخصية للقانون الوطني لا يتعدى النظام العام الداخلي .

فالقضاء الفرنسي يرى أن النظام العام في القانون الدولي ليست له نفس الحدود بالنسبة للنظام العام الداخلي لكن القضاء الفرنسي لا ينفي من وراء هذا انعدام العلاقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي (1)

و يصف الفقيه الفرنسي (لوسوران)(2) هذه العلاقة بطريقة هندسية وذلك برسمها (النظام العام الداخلي و النظام العام في القانون الدولي الخاص) كدائرتين مشتركتين في المركز أو كدائرتين متداخلتين، لا كدائرتين منفصلتين أو متقاطعتين بحيث يمثل الاول الدائرة الكبرى، و يمثل الثاني الدائرة الصغرى، بل يشكلان دائرة مشتركة .

وخلاصة القول، هي أن التبريرات التي أتى بها انصار تقسيم

1-LOUSSAURN=Droit Int.privé Ed 1978. P 324.

ويقول الاستاذ (ANDRE CHAPPELLE) في هذا المعنى ما يلي :-

L'ordre public interne et l'ordre public en droit international sont à l'image de deux cercles concentriques de surface inégale, celle du étant plus étendue que celle du seconde.

- ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit intern privé , these 1979. P 139.

النظام العام ، الى نظام عام داخلي ونظام عام في القانون الدولي الخاص، تحد تبريرات غير مقنعة وغير مؤسسة على اعتبارات منطقية .

فالنظام العام في الدولة الواحدة لا يمكن تقسيمه الى قسمين، وانما يمكن أن يقوم بوظيفتين اساسيتين :

الوظيفة الاولى :

تكون عند اعماله في العلاقات القانونية التي يكون اطرافها وطنيين، وتتحقق هذه الوظيفة للنظام العام عندما يخالف الافراد القواعد الآمرة ، والجزاء هنا هو بطلان التصرف أو الاتفاق بطلانا مطلقا ، بناء على طلب من له مصلحة في ذلك وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها .

الوظيفة الثانية للنظام العام :

تكون عند مخالفة القانون الاجنبي للنظام العام في دولة القاضي ، وجزاء المخالفة هنا هو استبعاد هذا القانون دون الغائه ، أو ابطاله ، كما يترتب على هذا الاستبعاد أثر آخر هو تغيير القانون الواجب التطبيق أصلا ومن ثم يؤدي الى استبعاده أو ابطاله بقانون آخر

ومن هنا يتضح لنا أن فكرة الازدواج بين النظام العام

الداخلي و النظام العام في القانون الدولي الخاص تفرقة لفظية ليس الا، فهي تفرقة في التسمية دون المضمون .

و هذا ما يؤكده الفقيه (لويس لوكاس) بقوله[1]: أن موضوع النظام العام واحد دائما ، الا وهو كفالة احترام مقتضى من المقتضيات الاجتماعية و السياسية ولكن وسيلة تحقق هذه الغاية مزدوجة ، فاحيانا و في القانون الداخلي بنوع خاص يكون دور النظام العام ، هو أن يجعل قاعدة ما الزامية ، واحيانا أخرى ، و في القانون الدولي الخاص بصفة خاصة يكون دوره هو هجر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

و حتى لو سلمنا جدلا بانقسام النظام العام الى نظام عام داخلي و نظام عام في القانون الدولي الخاص فانه لا يمكن تحقيق هذه النتيجة من الناحية العملية ، لسبب بسيط

---

1 ـ مشار اليه في مؤلف د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 484 .

هو أنه حتى الآن لا توجد سلطة عليا ملزمة (1) فوق الدول تفرض تطبيق هذا النظام على المجموعة الدولية ، اضافة الى ذلك اختلاف النظم القانونية من دولة لأخرى (2).

اذن ففي نهاية المطاف لا يوجد سوى النظام العام الوطني للدولة .

1ـ د . علي صادق هشام = تنازع القوانين ، ط 1974 ، ص 319 .

- يري استاذنا الدكتور علي علي سليمان = (انه ليس هناك نظام عام دولي،ولا يتصور وجود مثل هذا النظام الا اذا توحدت الدول كلها في مجتمع واحد ، ولذلك فمن المقرر الا يقبل الدفع بالنظام العام أمام المحاكم الدولية وهي تنظر في دعاوى القانون الدولي،وذلك لان هذه المحاكم لا تهدف الى حماية نظام معين .(د . علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص. 152 .

ويقول د . علي الزيني في هذا الصدد " أنه بعد ان شعر انصار هذا التقسيم ، (ويعني به تقسيم النظام العام،الى نظام عام دولي و نظام عام داخلي) ،بهذه الصعوبة كما شعر المجمع العلمي الدولي فتركوا كون القاعدة من النظام العام الدولي أو من النظام العام الداخلي الى القاضي"، ومعنى ذلك افلاس نظريتهم) د . علي الزيني = القانون الدولي الخاص ط 1927 ، ص196 .

المبحث الثاني / النظام العام و القوانين ذات التطبيق الفوري أو المباشر.

L'ordre Public et le loi D'application Immédiate .

تمهيد /

لا نهدف من اجراء المقارنة بين النظام العام و القواعد ذات "التطبيق الفوري او المباشر" او التي تسمى ايضا بقوانين البوليس" ، الى اجراء دراسة تحليلية لهذه القواعد ، لأن القيام بهذه الدراسة لا يتسع مقامها هنا ، وانما نقتصر فقط على أوجه التشابه او التقارب بينهما لنعرف الفرق بينهما في مجال القانون الدولي الخاص .

يجدر بنا بادىء ذي بدء ان نوضح معنى القواعد ذات التطبيق الفوري او المباشر .

ينظر المشرع في كل دولة الى بعض القواعد القانونية على انها تمس الأمن الأجتماعي و الكيان الأقتصادي لكل دولة ومن ثم فلا يجوز استبعادها و تطبيق قواعد أجنبية أخرى محلها ، بأي حال من الاحوال ، سواء تضمنت العلاقة القانونية عنصرا أجنبيا ، أو كانت وطنية بحتة [1] . هذه

1ـ د . صلاح محمد المقدم = تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات أيجار السفينة ، رسالة دكتورة ، طبعة 1980 ، ص474

القواعد تكون ذات تطبيق فوري او مباشر ، بمعنى انها تخرج من مجال قانون الأرادة و تخرج ايضا من مجال تنازع القوانين .

ونظرا لطبيعة هذه القواعد التى تتميز عن باقى القواعد القانونية الأخرى، فانه اذا تعلق الأمر بها فلا يلجأ لاستشارة قواعد الاسناد أصلا ، لأنه كما ذكرت لا يمكن اخضاعها لقانون غير قانون القاضى، ولاتكون محل مناقشة مع القوانين الأجنبية .

و انطلاقا مما سبق ذهب رأي الى تعريف القوانين ذات التطبيق الفورى أو المباشر بأنها " القوانين التى تطبق مباشرة على العلاقة موضوع النزاع بدون واسطة قاعدة التنازع التقليدية " (1)

و عرفها (RYMOND VANDER ELST) بقوله : " ان القوانين ذات التطبيق الفورى أو المباشر ، هي القواعد المادية التى يرى المشرع وجوب تطبيقها على التصرفات و الوقائع بغض النظر عن القانون الذى يحكم هذه التصرفات أو الوقائع وذلك بموجب تنازع القوانين ..." (2)

Les lois d'application immédiate sont des lois de droit materiel qui dans la volonté de legislateur,doivent s'applique aux Actes et aux faits qu'elle vise ,quelque soit la loi qui regit ces Actes ou faits en vertu des regles de conflit des lois ...."

1- MOHAND ISAAD = Droit INT. privé ED 1980.P103.

2- REYMOND VANDER ELST = Droit Int. privé BELGE et droit conventionnel International .tome 1 BRUXE LLES .1983.P34

فهذه القواعد تهدف الى تنظيم الدولة وحمايتها من القوانين الأجنبية التى قد يكون تطبيقها ضارا بالمصالح العليا للدولة ، كما ان تطبيقها يتميز دائما " بالفورية " (IMMEDIATE) ، ولا يحتاج تدخلها الى قاعدة الاسناد كما هو الوضع بالنسبة للنظام العام .

و مما سبق تتضح لنا العلاقة القوية التى تربط بين النظام العام و القوانين ذات التطبيق الفورى او المباشر فى الوظيفة التى يؤديانها فى مجال تنازع القوانين، اذ أن كليهما يؤدى الى استبعاد القانون الأجنبي .

غير ان هذا التطابق في النتيجة لايعني مساواتهما في مراحل تدخلهما في النزاع .(2)

فالقواعد ذات التطبيق الفورى او المباشر تكون تلقائية التطبيق بمعنى انها ليست في حاجة الى تدخل قاعدة الاسناد لتعيينها كقاعدة واجبة التطبيق ، بل هي بحكم طبيعتها تقرر مباشرة استبعاد القانون الأجنبى وتحل محله ، بخلاف تقرير الدفع بالنظام العام ، فلابد ان تشير قاعدة الاسناد بتطبيق قانون أجنبى معين، ثم يقوم القاضى بفحص مضمونه (القانون الأجنبى) ويقرر مدى ملاءمته او عدم ذلك مع الاسس الجوهرية التى ينهض عليها كيان مجتمع القاضى .

1- ~~د. على~~ صادق هشام = دروس فى القانون الدولى الخاص ، ط 1986 ، ص .

2- FRANCECAKIS (PH) = Qeulque precision sur les lois d'application immediate et leurs kapports avec les regles de conflis de loi = revue crit de droit Int, privé ,Annee 1966.NR 1 . P1 .

وبعبارة أخرى، فقواعد التطبيق الفورى او المباشر لاتخضع للمناقشة او المشورة المسبقة، مثل الدفع بالنظام العام كما ان تطبيقها يكون تطبيقا "عاديا" (NORMALE) بينما الدفع بالنظام العام يكون على سبيل الاستثناء .

وقد وردت الاشارة الى هذه التفرقة في القضية المعروفة بقضية (AMIGUES/KIEGER)[1] اذ قضت فيها محكمة الاستئناف لمدينة باريس باستبعاد القانون الالمانى الذى كان مختصا بمكان ارتكاب الجنحة بحجة :

" ان هذا القانون يجهل التعويض عن الضرر المعنوى ، وهذا يتناقض مع النظام العام الفرنسى ."

غير ان هذا الحكم قد نقض من طرف الغرفة المدنية الاولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 مارس 1969 بحجة :

" ان عدم اعتراف القانون الأجنبى المختص بحق التعويض المقرر لصالح أب على اثر وفاة شخص من جراء حادث مرور المجرد ان هذا القانون (القانون الالمانى) يخالف القواعد الداخلية الأمرة في قانون القاضى (القانون الفرنسى) المتعلقة بقانون المسؤولية الغير عقدية لا يمكن اعتباره متناقضا مع النظام العام في مفهوم القانون الدولى الخاص .

و من جهة أخرى، فان حكم محكمة الاستئناف قد انتقد انتقادا أخر لا ستعمال محكمة الاستئناف منهجية تعتبر" اقل

1- ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int. privé these 1979? . P.

صرامة (Une Methologie peut regoreuse

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى بقولها :

" ان القوانين المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ، هي قوانين بوليسية بموجب المادة 3 / 1 من القانون المدني الفرنسي كما ان هذا يعتبر مخالفة صريحة للارشادات الأساسية التي اتى بها الفقيه (بارتان) الذي يعتبر بان النظام العام هو اجراء استثنائي ولايمكن دمجه مع التطبيق العادي لقاعدة قانون القاضي (LEXFORI) بصفتها قانون بوليس"(1)

و خلاصة القول، انه اذا التقى النظام العام مع القواد ذات التطبيق الفوري او المباشر في نقاط مشتركة من حيث الهدف الذي يسعى الى تحقيقه كل منهما ، وهو حماية المجتمع من أي قانون أجنبي قد يهدد أمنه واستقراره ، فان طبيعة تدخلهما في النزاع يختلف .

فالقوانين ذات التطبيق الفوري او المباشر ، نظرا لاعتبارات خاصة قدرها المشرع، فان تدخلها يكون سريعا وفوريا أي أن هذه القواعد تطبق مباشرة بدون اللجوء او انتظار تدخل قاعدة التنازع في دولة القاضي التي تعين عادة القانون الواجب التطبيق، كما هو الشأن بالنسبة للدفع بالنظام العام .

1-ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int.prive thes . 1979. P 9.

كما أن تطبيق هذه القواعد يكون عاديا ، بينما الدفع بالنظام العام يكون على سبيل الاستثناء .

وقد اصبح التشريع الحديث[1] يميل الى ضرورة اخضاع بعض المسائل القانونية لقانون القاضي ، ويرفض ان يطبق في شأنها أي قانون آخر .

و من هذه المسائل الموضوعات المتعلقة بعلاقة العمل و الضمان الاجتماعي و نظم التأمين، وبصفة عامة كافة المسائل التي تمس تنظيم كيان الدولة الاجتماعي و الاقتصادي ،ويخالف هذا الرأي ما جرى عليه الفقه من اتباع المنهج الحديث في شأن فض التنازع بالنسبة لهذه المسائل ومحاولة ادراجه في الفكرة المسندة كالقول مثلا، بان المسألة محل النزاع تدخل في مضمون فكرة قوانين البوليس او الأمن المدني،تمهيدا لاسنادها الى قانون القاضي . (2)

و قد تسبب هذا الاتجاه الفقهي الحديث في تجميد وظيفة قاعدة التنازع في دولة القاضي و التي أصبح يعبر عنها بازمة قواعد التنازع[3] (Crise de la regle de conflit)

و معلوم أن ازمة قاعدة التنازع تؤدى الى ازمة النظام العام لأن النظام العام مرهونا بالسير المسبق لقاعدة التنازع.

1- FRANCE CAKIS (PH) = Quelque precision sur les lois d'application Immédiate et leurs rapports avec les regles de conflits de loi=revue crit.de droit Int.prive Annee 1966.Nr 1.P

2- د . علي صادق هشام = دروس في القانون الدولي الخاص ،ط 1986 ، ص142.

3- راجع(ANDRE CHAPPELLE) المرجع السابق ، ص 39 .

المبحث الثالث /

L'ORDRE PUBLIC ET LA FRAUDE A LA LOI

النظام العام و الغش نحو القانون :

"FRAUD TOWAKDS THE LAW"

تمهيد /

الغش حالة موجودة في كافة فروع القانون ،الا أن الغش في القانون الدولي الخاص ،بفهوما خاصا و تأثيرا واضحا ، ذلك ان الغش يؤدى الى تغيير في تطبيق القانون الواجب التطبيق بسبب تبدل بعض قواعد الاسناد نتيجة للظروف الجديدة التى يؤدى اليها اعطاء الحكم الى قانون آخر غير قانون القاضي .

و قبل ان نوضح أهم الفروق بين الغش نحو القانون و الدفع بالنظام العام نعرف المقصود بالغش نحو القانون .

المقصود بالغش نحو القانون :

يراد بالغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين التحايل على ضوابط قواعد الاسناد وذلك بقصد التهرب من تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق . (1)

و الغش نحو القانون يعتبر مانعا من موانع تطبيق القانون

---

1 ـ د. على على سليمان = مذكرات في القانون الدولى الخاص الجزائرى ط 1984 ، ص 159 .

الاجنبي ودفعا يتمسك به في مواجهة الاشخاص الذين يعمدون الى التحايل بقصد اخضاع تصرفاتهم الى قانون معين تهربا من بعض الاعباء بدلا من القانون الواجب التطبيق أصلا .

ونظرا الى أن كلا من النظام العام و الغش نحو القانون يعد سببا لعدم تطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية ، ذهب اتجاه فقهي الى القول بانه لا وجود لنظرية الغش نحو القانون اذ يمكن فكرة النظام العام ان تقوم مقام الغش نحو القانون ويبرر الفقيه (بارتان)[1] الذي هو من منكرى نظرية

- "Quand l'idée d'ordre public est en jeu,l'éviction de la loi normalement applicable resulte invariablement de l'ordre même de cette loi,tandis qu'elle resulte accidentellement,quand elle est due à l'influence de l'idée de la FRAUDE à la loi,de l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport de droit litigieux d'eluder les dispositions de son statut personnel. ces dispositions prennent alors en fait grâceà à l'intention franduleuse de la personne qui pretend s'y soustraire,le caractere de dispositions d'ordre public ".

- Voir. = GRAULICH = Introduction à l'étude de droit Int. Privé , Ed 1978 , P 72 .

الغش نحو القانون ذلك بقوله ،أن اعتماد النتيجة التي يصل اليها الاشخاص عن طريق التحايل على القانون تعتبر مخالفة للنظام العام ،لانه يؤدي الى الاضرار بالمجتمع و الى عدم احترام القوانين ،وينتهي الى القول ،بان الغش نحو القانون ،ماهو الاصورة خاصة للدفع بالنظام العام.

ولكن على الرغم من تشابههما ،من حيث أن كليهما يعد سببا لاستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق ،فانه يمكن الرد على هذا المبرر بسهولة ، ذلك أنه اذا نظرنا الى اساسهما لا تضح لنا الفرق الجوهري بينهما ،فبينما يقوم الدفع بالنظام العام على اساس تعارض مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق الذي اشارت بتطبيقه قاعدة التنازع الوطنية مع مضمون قانون القاضي ذلك الاختلاف أو التعارض الذي يجعل تطبيق القانون الاجنبي غير ملائم بالنسبة الى قانون القاضي، فـ[illegible] سلبية الغش نحو القانون ،تهدف الى التهرب [illegible] من القانون الواجب التطبيق،باستعمال الطرق الاحتيالية ، و بعبارة أخرى،فان الدفع بالنظام العام يكون موجه الى مضمون القانون الاجنبي لأن قواعده تتعارض مع الاسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني، في حين ان الدفع بالغش نحو القانون ليس موجها الى مضمون

(1) المعنى د.علي صادق هشام =دروس في القانون الدولي الخاص ،ط 1986 ، ص167.
- د. جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، ط 1969 ،
- د. ممدوح عبد الكريم حافظ = القانون الدولي الخاص العراقي،ط 1972، ص66

القانون الأجنبي ولا يهدف الى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بذاته، وانما هو دفع موجه الى الوسيلة أو الحيلة التي لجأ اليها الافراد بقصد الاستفادة من قانون اجنبي يرونه اصلح لحكم علاقاتهم بدل قانون القاضي الذي يخضعون له أصلا. (1)

كذلك، فان أهم مايفرق أو يميز بين الدفع بالغش نحو القانون و الدفع بالنظام العام هو مجال اعمال كل منهما فالمجال الرئيسي لاعمال الدفع بالنظام العام يكون عند مرحلة انشاء العلاقة او المركز القانوني في دولة القاضي فهنا يتعين اعمال الدفع بالنظام العام لابطال هذه العلاقة او المركز القانوني. (2)

اما بالنسبة للمراكز القانونية التي تم انشاؤها في الخارج، فان اثر النظام العام بشأنها يكون مخففا بل واحيانا يكون منعدما تماما، بمعنى ان القاضي الوطني قد يعترف بعلاقة او مركز قانوني نشأ في الخارج، بالرغم من انه لم يكن يسمح بنشوئه في دولته، وسنرى ذلك بالتفصيل عند عرضنا لاثار الدفع بالنظام العام.

اما الدفع بالغش نحو القانون، فان مجال اعماله يكون عادة في مرحلة الاحتجاج بالمركز القانوني الذي تم نشوءه في الخارج.

1- د.علي صادق هشام = دروس في القانون الدولي الخاص، ط 1986، ص 167.

1 - د. فؤاد عبد المنعم رياض = الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط 1975، ص168

- GRAULICH=Introduction à l'étude de deroit Int privé, ED1978. P72

فالغش نحو القانون يتحقق عن طريق قيام الافراد باجراء لتغيير ضابط الاسناد، وذلك تمهيدا لانشاء مركز قانوني وفقا للقانون الذي يشير اليه الضابط الجديد ، و من ثم فكثير ما يتسنى اعمال الدفع بالغش نحو القانون الابعد انشاء المركز القانوني وفقا للقانون الجديد و محاولة الاحتجاج به في دولة القاضي فحينئذ. فقط يمكن التحقق من وجود الغش اذ ان الوسيلة في ذاتها ،وهي تغيير ضابط الاسناد اجراء مشروع،كما ان انشاء المركز القانوني يعتبر تصرفا مشروعا اذا نظر اليه في ذاته ،أي اذا لم يكن مرتبطا بتغيير ضابط الاسناد (1) .

ولاسبيل للتحقق من هذا الارتباط الا بوضع الوسيلة التي اتبعها الافراد و النتيجة التي حققوها جنبا الى جنب لاكتشاف مدى التلازم بينهما، واستخلاص وجود نية التحايل او الغش .

و من الواضح ان هذه العملية قد لاتتم الابعد تحقق النتيجة التي يسعى الافراد الى تحقيقها ، في حين ان الدفع بالنظام العام يقوم بمجرد المساس بالنظام القانوني في دولة القاضي

---

1 ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض = المرجع السابق،ط 1975 ، ص 168 .
و الدكتورة سامية راشد

مباشرة عند انشاء العلاقة القانونية او المركز القانوني .

ويضيف استاذنا الدكتور علي علي سليمان ،الى ماسبق قوله فرقا آخر بين النظام العام و الغش نحو القانون بقوله، أن الدليل على اختلاف الدفعين (الدفع بالنظام العام و الدفع بالغش نحو القانون) ماتراه اغلبية الفقهاء من وجوب الأخذ بالدفع بالغش نحو القانون ولو كان أجنبيا ،في حين أنه من غير المعقول أن يثار الدفع بالنظام العام لصالح قانون أجنبي (1).

كذلك يختلف الدفع بالنظام العام عن الدفع بالغش نحو القانون من حيث الاثار التي تترتب على كليهما ،فاعمال الدفع بالنظام العام يترتب عليه استبعاد النص المخالف للنظام العام وأحلال قانون آخر محله ، بخلاف الدفع بالغش نحو القانون،فانه يترتب عليه ابطال التصرف من أساسه ،كجزاء على سوءنية الاطراف تطبيقا للقاعدة الشهيرة (الغش يفسد كل شيء) (FRAUS OMNIA COREUMPIT .) (2).

و نخلص مماسبق الى القول،بان أساس الفكرتين (فكرة النظام العام و الغش نحو القانون) وأن اتحدتا في النتيجة وهي استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق ،فانهما ماعدا ذلك يختلفان .

---

1 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص 195.

- MOHAND ISSAD = Droit Int privé ,ED 1980.P205.

فاستبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام ،يقوم كما رأينا على أساس تعارض مضمون هذا القانون (القانون الاجنبي) مع الاسس الجوهرية في دولة القاضي .

أما استبعاد القانون الاجنبي بناء على الدفع بالغش،فهو يرجع الى عنصر النية في استعمال قاعدة الاسناد (1) .

فاذا غير الشخص جنسيته على سبيل المثال حتى يطلق أو ينقل موطنه للاستفادة من اختصاص محكمة معينة أو للتهرب من تكاليف يجدها ثقيلة أو تقصير المدة المكسبة للحقوق مثلا، فان تحايله لا يكون مبطلا للتجنس أو للموطن الجديد،بل للنتيجة التى قصد تحقيقها فقط و هي الطلاق أوالاختصاص أو التهرب من التكاليف .(1)

لا يمكن القول كذلك هنا ان الحصول على مثل هذه النتائج يعتبر متعارضًا مع النظام العام .

ونشير في النهاية ،الى أن السبب الذي ربط في القديم بين نظرية الغش وفكرة النظام العام ،ربما يرجع الى تدعيم الاساس الذي تنهض عليه نظرية الغش،حتى يمكن أن تقف في مواجهة الاعتراضات التى أثارها البعض في وقت لم تكن فيه فكرة البحث عن النوايا و البواعث مقبولة لدى الشراح،أما وقد تغيرت الافكار بعد ذلك

---

1 ـ د.على صادق هشام = دروس فى القانون الدولى الخاص ،ط 1986 ،ص 167.

2 ـ د.جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، ط 1969 ، ص 586.

وآمـن الفقه بسلطة القاضي في تقصي البواعث،فلم تعد هناك حاجة الى تدعيم نظرية الغش وربطها بفكرة مستقلة عنها مثل فكرة النظام العام[1] .

و معلوم ان القانون المدني الجزائري لم يشر الى حالة الغش في المواد من 9 الى 24 المتعلقة بقوانين التنازع مثل ما فعل بالنسبة للدفع بالنظام العام الذي نص عليه في المادة 24 .

و قد اكتفى المشرع الجزائري بالنسبة للغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين بالقاعدة العامة في القانون ، وهي ان الغش يفسد كل شيء (FRAAUS OMNI .CORRUMPIT)[2]

انظر هذا المعنى :

1ـ د علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ط 1986 ،ص166.

2ـ د . علي صادق هشام = تنازع الاختصاص القضائي الدولي،ط 2،1972 ص 343.

2 - ISSAD-MOHAND = Droit Int.privé , Ed 1980 . P 206.

الا أن البعض من الفقهاء يحبذ اضافة الأداب و البقاء عليها الى جانب النظام العام لكونها قد تتناول معاني لاتتصل بالنظام العام . (1)

فأذا كان النظام العام يتعلق بلاسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع معين في وقت معين ، فأن الأداب تعتني بالجانب الأخلاقي البحت للمجتمع وتحافظ على النواميس الخلقية له فتحميه من الأنحرافات والوقوع في الأفعال المشينة التي من شأنها أن تشوه سمعة المجتمع الاخلاقية .

وعلى هذا، فكلمة (الأداب) لا تعني أنها كلمة مرادفة للنظام العام ككل ، وانما مكملة له ، أو هي الشق الثاني له ، ولذلك أعتبر الفقيه (السنهوري) أن النظام العام والأداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الأجتماعية والأقتصادي=ة والخلقية ، فتؤثر في القانون وروابطه وتجعله يتماشي و التطورات الأجتماعية والأقتصادية والخلقية في الجيل أو البيئة . (2)

وقد عرفها الاستاذ (سليمان مرقس) بأنها (الاداب) عبارة عن مجموعة من القواعد الخلقية أو الوجدانية أو الدينية التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بأتباعها وأحترامها في روابطهم الأجتماعية .

---

1 _ د.علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ط1984،ص157.

2 _ د. عبد الرزاق السنهوري = مصادر الالتزام ،حـ 1 ص 400.

3 _ 5: أنور سلطان = الموجز في النظرية العامة للالتزام ،ط1983،ص137.

اذن فالاداب تعني تلك العادات المتاصلة في مجتمع معين و العرف المتواتر و التقاليد الموروثة و الروح السامية عند الانسان (1) كل هذه العناصر ترشد الانسان لمعرفة الصحيح من الخطأ و الحسن من القبيح و الخير من الشر .

و الاداب بهذا المفهوم تخضع لتطور المجتمع ، فهي تتبدل و تتغير من زمان الى آخر و من مجتمع الى آخر فاذا القينا نظرة على الزمن الماضي لادركنا هذا التغيير وهذا التطور للاداب العامة عبر العصور ، فقد كانت هناك أمور كثيرة تعتبر مخالفة للاداب في المجتمعات القديمة واصبحت الآن غير مخالفة للاداب في جيلنا هذا وامور اخرى على العكس من ذلك كانت لا تتعارض مع الاداب السامة السائدة في تلك المجتمعات ولكن الآن اصبحت محل سخط و تذمر من طرف المجتمع الدولي المعاصر ، من ذلك ،كان القيام بعملية التأمين على الحياة والوساطة في الزواج (2) غير ذلك من أمور أخرى كان يعتبر مخالفا للاداب العامة في الماضي بينما اجراء مثل هذه التصرفات أو القيام بها في عصرنا الحاضر يعتبر من الامور العادية التي نباشرها في حياتنا اليومية ،وعلى العكس من ذلك هناك أمور كان القيام بها في السابق غير مخالف للاداب العامة

---

1 ـ د . ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون و الاقتصاد ، جامعة البصرة ، العدد الاول ، و الثاني ، س 1971 ، ص 126 .

2 ـ د . انور سلطان = المرجع السابق ، ص 137 .

وبمرور الزمن أصبح ينظر اليها الآن على أنها محل سخط وتذمر قوي، نذكر منها على سبيل المثال عملية (الاسترقاق) أو نظام الرق الذي كان مباحا في العصور الغابرة[1]، وكذلك عادة وئد البنات التي كانت متفشية ومنتشرة في المجتمع الجاهلي قبل مجيئ الاسلام الخ....

ونخلص الى القول، بأن فكرة الاداب لايمكن أن تحل محل فكرة النظام العام أو أن تحتويها، وانما هي مكملة لها، أو هي الشق الثاني لها كما ذكرت آنفا، فهي فقط تعني وترتبط بالجانب الاخلاقي للمجتمع في زمن معين، فالمجتمع له جوانب كثيرة ومتنوعة، سياسية واقتصادية واجتماعية ودينية، والاداب تشكل أحد هذه الجوانب، ولايمكن لاي مجتمع ان يتجرد منها أو يستغني عنها مهما كانت ميوله ونظمه والحضارة التي يبلغها.

وعليه فاذا كان معيار النظام العام هو المصلحة العامة للمجتمع، فان معيار الاداب هو الناموس الادبي له[2]. وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان، يخضعان لرقابة المجلس الاعلى - أو محكمة النقض.

فمعيار النظام العام هو حماية المصالح العليا للمجتمع، في حين ان معيار الاداب هو الضمير الاخلاقي للمجتمع[3].

1- د. أنور سلطان = المرجع السابق ص 136.

2- د. عبد الرزاق السنهوري = المرجع السابق، 401.

3- د. ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون والاقتصاد جامعة البصرة س 1971، ص 113

الفصل الثاني / مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، وشروط اعماله .

تمهيد /

لا خلاف بين فقهاء القانون الدولي الخاص في الوقت الحاضر حول وجوب استبعاد تطبيق القانون الاجنبي اذا كان تطبيقه يتعارض مع قانون دولة القاضي .

و قد أصبح هذا المبدأ مسلما به لدى الجميع كما تدفع به المحاكم في مختلف الدول .

غير أن الاتفاق على هذا المبدأ (مبدأ امتناع القاضي عن تطبيق القانون الاجنبي اذا تعارض مع قانون دولة القاضي) لا يخلو من مصاعب جمة تعترض القاضي عند فحصه للقانون الاجنبي الواجب التطبيق وذلك لعدم وجود مفهوم موحد متفق عليه للنظام العام و قد تعددت التعريفات في شأنه تعددا يكاد لا ينتهي وتباينت بالتالي فكرة النظام العام من حيث نطاقها تبعا للنزعة التي انبثقت عنها هذه التعريفات نظرا لتشعب

وتنوع صفاته وصوره، فهو في مجال الروابط الداخلية غيره في الروابط التي تشتمل على عنصر أجنبي .

وكل ما أمكن لكثير من الفقهاء أن يفعله ازاء تعريف النظام العام، هو أن يأتي بتعريف غامض للنظام العام لا يسمح معه تحديد مرماه (1) .

وهذا ما يؤسف له، خصوصا وأن تطبيق القانون الاجنبي في قضية من القضايا يتوقف على ما اذا كان لا يخالف النظام العام لدولة القاضي .

فكل غموض أو تضارب في تحديد مفهوم النظام العام يؤثر على تطبيق القانون الاجنبي، ذلك أن القاضي اذا لم يستطع تحديد النظام العام، فان هذا يؤدي الى احتمالين : (2)

الاحتمال الاول ، أنه يؤدي الى التوسع في تطبيق قانون القاضي على حساب القانون الاجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية، واستبعاد هذا الاخير في كثير من الحالات بصورة عفوية يضر بالتعاون القائم بين الدول ويصبح التعصب واضحا في تطبيق قانون القاضي على حساب القانون الاجنبي الواجب التطبيق دون مبرر وهذا يعد في حد ذاته اجحافا بالعدالة الدولية .

---

1 ـ د . نعيم أدمون = الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط، 1967، ص65 .

2ـ د . علي الزيني = القانون الدولي الخاص، ج 2 ، 1929 ، ص 192 .

الاحتمال الثاني ، الذي ينجم عن غموض أو عدم فهم النظام العام هو على العكس مما ذكرت اذ يمكن تطبيق القانون الاجنبي بصورة عشوائية ، دون التأكد من عدم معارضته لقانون القاضي ، وفي هذا خطر على الاسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي .

واحساسا بخطورة هذا الوضع بذل الفقهاء الكثير من المجهودات في سبيل وضع تعريف للنظام العام يعتمد عليه القاضي عندما يعرض عليه تطبيق القانون الاجنبي .

و سنعرض الآن التعاريف الهامة للنظام العام ضمن المبحث التوالي بقصد القاء الاضواء على مفهوم النظام العام ودوره في العلاقات الدولية الخاصة ، لنعرض بعد ذلك شروط اعماله والأثار التي تترتب عليه .

المبحث الاول / مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص .

رغم الصعوبات التي عاقت الفقهاء في وضع تعريف للنظام العام، لم يمنع البعض من محاولة الاتيان ببعض التعاريف له، نذكر أهمها :

- عرف البعض النظام العام بأنه سلاح للدفاع ضد قانون أجنبي واجب التطبيق اذا ما ظهر تعارض فحواه أو مضمونه مع المفاهيم العامة لدولة القاضي المراد تطبيقه فيها (1) .

- وعرفه الاستاذ (أحمد مسلم) ، بمايلي (النظام العام في دولة ما ، هو الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة ، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن و الحرية و الديموقراطية ، و معتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون واحترام افكار دينية اساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية ، كالاشتراكية و الرأسمالية ونحوها من المذاهب

---

1 - د . ممدوح عبد الكريم حافظ = القانون الدولي الخاص العراقي ط ، 1977 ، ص 323 .

و الافكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية و تكافؤ الفرص).[1]

- و عرفه الاستاذ (جابر جاد عبد الرحمن) بقوله " يقصد بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة واحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محله ،نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد اختلافا جوهريا أو لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن " (2).

- و عرفه الاستاذ (عز الدين عبد الله) بقوله "أن الدفع بالنظام العام هو وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الاجنبي متى تعارضت أحكامه تعارضا أساسيا مع الافكار التي يقوم عليها قانون القاضي " (3)

- أما الاستاذ (بيجونير) (LERBOURS (P) فيلخص تعريفه للنظام العام بقوله " أن الدفع بالنظام العام هو الذي يسمح باستبعاد القوانين الاجنبية المعينة بواسطة القوانين العادية الفرنسية ، اذا كانت هذه القوانين (الاجنبية) من شأنها ان تتعارض مع الاهداف الاخلاقية و الاجتماعية و الاقتصادية ، و تسبب للمصلحة الفرنسية اخطارا تعدد

1- د . أحمد مسلم = الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط 1966 ،ص 203 .

2- د . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، 1969 ، 555 .

3- د . عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ، ج 2 ،ط 1977 ، ص 494

اعتبارات التجارة الدولية و التضامن الدولي[1].

و ينتهي الاستاذ (بيجونيير) (LERBOURS(2) الى القول بأن النظام العام يتميز بأنه ذو طابع وطني ، - - -

نفس التعريف أخذ به العميد (باتيفول) (BATIFFOL[2]

و هناك من حاول أن يعرف النظام العام عن طريق وضع قائمة للقوانين التي تعتبر متعلقة بالنظام العام ، و تتلخص هذه القوانين حسب رأي الاستاذ (ثاليري) فيما يلي:

أ- اذا كان الغرض من القاعدة القانونية يتعلق بتنظيم و حماية أمن الدولة في الداخل و الخارج .

ب- اذا كان الغرض من القاعدة القانونية حماية الحقوق العامة المقررة في الدستور ، والتي يعبر عنها بالحريات الضرورية للمواطن ، كحق التفكير و العمل و حرية التنقل و الملكية الخ..

ج- الحقوق المتعلقة بحالة الاشخاص ، و القوانين المتعلقة بها تكون عادة مقصورة على المواطنين دون الاجانب ، فلا يعقل بأي حال من الاحوال أن يسمح القاضي بتطبيق قانون أجنبي على المسائل المتعلقة بالحالة المدنية لافراد مجتمعه .

د- القوانين الاقليمية ، و هي المعبر عنها بقوانين الامن و البوليس ، و القوانين المالية 3 .

---

1 - LERBOURE-PIGEONNIERE= Droit International privé,Ed.1978.P520

2 - BATIFFOL = Droit Int.privé Ed 1981 . P 422 .

3-راجع تفاصيل ذلك في مؤلف د. جابر جاد عبد الرحمن=تنازع القوانين ط1969، ص 587

فطبقا لهذا الرأي كل القوانين التي سبق ذكرها تعتبر متعلقة بالنظام العام .

و المتأمل في هذا التصنيف أو هذا التعداد يدرك للوهلة الاولى ، أن كل القوانين تعتبر من النظام العام ، وبالتالي لا مجال لاعطاء فرصة لتطبيق القوانين الاجنبية ، ولاشك في أن المبالغة في تطبيق قانون القاضي على حساب القانون الاجنبي الواجب التطبيق في الحالات التي لا يتعارض فيها هذا الاخير مع قانونه ، يؤدي الى جمود في العلاقات الدولية و يقضي على التعاون القائم بين الدول في شتى المجالات

و يتساءل الاستاذ (نبوايه) (NIBOYET) عنا على كيفية هذا الحصر أو التعداد لحالات النظام العام ،ويقول: " أن هذا يتطلب فتح فهرس لجميع الحالات التي تمس بالنظام العام ، وهذا من المستحيل تحقيقه "

و يخلص الى القول، " بأن النظام العام لايمكن الا أن يكون في كل دولة على حدة ، لأن كل دولة لها تشريعها .

فالنظام العام في رأيه عبارة عن معاينة يتبين من خلالها سوء التعادل بين النظم المختلفة للدول ." (1)

L'ordre public ne peut être que propre,à chaque pays,puisque chaque pays a sa ligislation .

L'ordre public est la constatation qu'il existe une insuffisance d'équivalance entre les institutions des divers pays.

2ـ انظر NIBOYET المرجع السابق ، ص .

و عرفه الاستاذ (أحمد سلامة) بقوله : " أن النظام العام هو الوضع الطبيعي المادى و المعنوى لمجتمع منظم " (1)

"L'ordre Public est l'état normal matériel et intellectuel d'une Sociéte Organisée ".

ويفصل هذا التعريف بقوله :"فالنظام العام هو وضع أو حالة وليس قانونا أو مبدأ أو مجموعا من القوانين و المبادىء . (E T A T)

و هذا الوضع يكون ماديا فيشمل كل عناصر المجتمع من اشخاص واشياء و تصرفات ،ويكون معنويا ،فيشمل ما يهيمن على الجماعة من عقائد راسخة و مبادىء قانونية واخلاقية و اقتصادية .

وعلى هذا الاساس ،فان عناصر النظام العام هي نفس عناصر المجتمع و بما أن النظام العام هو الوضع الطبيعي فانه يجب الابقاء عليه وتتعاون كل أجهزة الدولة المنظمة لتحقيق هذه الغاية و ينتهي الاستاذ (أحمد سلامة) الى القول أنه مادام النظام العام هو الوضع الطبيعي للجماعة ،فهو اذن يرتبط بها فيتطور معها و يقتصر عليها ،وبالتالي لابد وأن يكون وطنيا أي يتعلق بمجتمع معين .

1 - . الدكتور أحمد سلامة = الاحوال الشخصية لغير المسلمين الطبعة الرابعة ، 1965 ، ص 239 .

وفـي تـعـريـف مشـترك لـلاسـتـاذيـن ("LERBOURS(P)"و"LOUSSAURN")

"ان مبـدأ تـدخـل النـظـام العـام الاستـثـنـائي يجـد تبـريـره فـي اعـتبـارات عمليـة".

وعلـى هـذا الأسـاس فـان النـظـام العـام "يجـب ان يبـقـى كمفـهوم استـثـنـائي يـسمـح باسـتبـعـاد القـانـون الأجـنـبي المخـتص أصـلا، اذا كـان هـذا الأخـيـر (القـانـون الأجـنـبي) يـتضـمـن نـصـوص لا يمـكـن قبـول تـطـبـيقـهـا مـن طـرف المحـكـمـة المعـنـيـة ".

"Le principe de l'intervention exceptionnelle de l'ordre public se justifier alors par des considerations pratiques .

L'ordre public doit alors rester "un correctif" exceptionnel - permetant d'écarter la loi étrangere normalement compétente, lorsque cette derniére contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi" .

انظـر هـذا التـعـريـف فـي رسـالـة :

ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int, privé, these 1979.P 354.

و تعرضت المادة 30 من مقدمة القانون المدني الالماني (E G B G B) لتعريف قواعد النظام العام فقالت انها تلك التي تتصل بالاسس الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية للبلد، و بمفاهيمها الاساسية في وقت معين ويكون من طبيعة القانون الاجنبي المراد تطبيقة في ألمانيا انتهاك لمبادئها الاساسية (1) .

كما عرفت المحكمة العليا الاسبانية النظام العام في حكم صدر لها بتاريخ 15 أفريل 1966 جاء في حيثياته مايأتي :

(بما أن تطبيق القانون الاجنبي أو أشنار الاحكام الاجنبية قد تصطدم في غالب الاحيان ببعض المبادىء التي يعتبرها القانون الوطني غير قابلة للمساس بها فوق اقليم دولتها ، لان النظم القانونية لمختلف الدول ليست مؤسسة بكاملها على نفس القواعد و المبادىء ، وأنه من الضرورة كذلك ضمان الدفاع عن هذه المبادىء التي يتعين عدم المساس بها ، و التي تكون

---

1 - JACQUES MAURY = L'!viction de la loi normalement compétente : L'ordre Public et la Faude à la loi Ed 1952.P1

ما نسميه بالنظام العام الوطني الذي
يضم المبادئ القانونية العامة
و الخاصة السياسية و الاقتصادية و المعنوية
وحتى الدينية التي تعتبر اجبارية بصفة مطلقة
بقصد المحافظة على النظام الاجتماعي
داخل شعب في فترة معينة . (1)

---

1 - " Puisque l'application du droit étranger ou l'efficacité des jugements étrangers peut se heurter souvent à certaines principes que le droit national considére comme intangibles dans le territoire de sa souveraineté (En éffet les systemes juridiques des différents pays ne sont intégralement fondés sur les mêmes normes), il est également nécessaire d'assurer la défense de ces principes intangibles, constituant ce que l'on appelle l'ordre public national qui est intégré par le principe juridiques public etprivé, politiques et économiques moraux et même religieux qui sont absolument obligatoires conserver l'ordre social dans un peuple à une époque donnée

A. CREMADES = REVUE C R I.T. DE DIP N°4, 1975. P 609.

كمـا تعـرضت محكمـة استئنـاف (باريـس) فـي حكمهـا الصـادر بتاريـخ 22 مـارس 1944 الـي تعريـف للنظـام العـام بقـولهـا :

(أن تعـريـف النظـام العـام الـوطني يـرتبـط بـالمفهـوم الـواسـع للـرأي العـام الفـرنسـي فـي عـصـر مـعيـن) (1)

" La définition de l'ordre Fublic National dépend . dans une large mesure et l'opinion qui prevaut à chaque moment en F R A C E " .

ر في ذلك

1 : Dans ce sens MIGUEL DE ANGUBLO RODREGUEZ = Revue critique de droit International privé N° 3 Année 1972 . P377

وفي ذلك

2 - : : L'Arrêt dans ce sens de la cour de cassation du 25 janv 1966 rendu dans l'affaire " ROYAL DUTH" (D 1966.390 , note Loussouar n et les arrêts du 23 Avril 1969,relatifs aux Natio sation Algerienne GAZ pal 1969.1.276.341.)

ي ذلك

3 - : LERDOUR - PIGEONNIERE = Droit privé,Ed 1978.P503 .

راجـع مـؤلـف الـدكتـور علي علي سـليـمـان = مـذكـرات فـي القـانـون الـدولـي الخـاص الجـزائـري ، ط 1984 ، ص 154 .

ي ذلك

D MOHAND-ISSAD = Droit Int. Privé (Reg les des conflits Ed 1980 . P 198.

JACQUES MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente : L'ordre Fublic et la faude à la loi
J. Ed 1952. P122 .

(٥) وتعرضت المحكمة الفيدرالية السويسرية في المادة 29 من القانون المدني الصادر في سنة 1961 الى مفهوم النظام العام بقولها انه " حسب قضاء المحكمة الفيدرالية ، أن النظام العام يمكن تبريره دائما بعدم المساس بالشعور العام السويسرى أو المبادىء الاساسية لنظام المساواة السويسرية أو بالمفاهيم القانونية السويسرية ".

D'aprés la juris.prudence du tribunal FÉDERAL,L'ordre Public peut toujours être invoqué pour éviter que le sentiment Suisse du droit ne soit ... blessé par une mesure intolérable lorsque des prencipe Fondamentaux . de l'ordre légale Suisse son méconnus u que les conceptions juridique suisse exige,imperiensement que la priorité leur soit donnée par rapport ou droit applicable ou appliqué étranger .

انظر :

: ANDRE CHAPPELLE= Les Fonctions de l'ordre public en droit Int. Privé,these,1979. P 355 .

انظر هذا التعريف كذلك في مؤلف :

MOHAND ISSAD = Droit international privé,ED 1980 . P196.

و يلاحظ على هذه التعاريف ، سواء منها الفقهية أو القضائية أنه رغم فشلها جميعا في الوصول الى تعريف جامع موحد للنظام العام ، الا انها تتفق جميعا على نقطة جوهرية ، وهي ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، اذا تعارض تطبيقه مع المبادئ الأساسية التي تتمثل خاصة في الأهداف السياسية و الأقتصادية و الأجتماعية لدولة القاضي .

ونرى ان السبب الرئيسي الذي اعان الفقه و القضاء في ايجاد تعريف متفق عليه للنظام ، هو كون النظام العام فكرة وطنية بحتة ترتبط بكل دولة على حدة ، اضافة الى ذلك مرونة هذه الفكرة وتغيرها باستمرار من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان آخر ، مما يصعب ضبطها .

ويرجع الحسم فيها في النهاية الى القاضي الوطني الذي يعد ممثلا وحارسا للمبادئ الأساسية التي تقوم عليها دولته ، فهو الشخص الوحيد المؤهل لادراك المصالح العليا لبلده ، والتي لا يجوز المساس بها أو العبث بها من طرف القوانين الأجنبية التي لا تحترم هذه المبادئ .

غير ان التعاريف الفقهية و القضائية للنظام العام مهما كان اتجاهها لا تخلو من فائدة ، فهي وان عجزت في الاتفاق على تعريف موحد ، فانها قد اعطت توجيهات عامة يستأنس بها القاضي في الدفاع عن مبادئ دولته .

المبحث الثاني / شروط اعمال الدفع بالنظام العام .

Condition d'intervention de l'exception de l'ordre public .

لقد أكد الفقه الحديث في مجموعه على أهمية دور النظام العام كأداة لا ستبعاد القانون الاجنبي المختص بواسطة قاعدة التنازع الوطنية ، اذا تعارض تطبيق هذا القانون مع الاسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي .

ولكي يستبعد القاضي تطبيق القانون الاجنبي باسم النظام العام ، لا بد من توافر شروط معينة يمكن على ضوئها اعمال الدفع بالنظام العام ، ونتناول هذه الشروط في المطالب الاتية :

المطلب الاول : أن يكون القانون الاجنبي واجب التطبيق قانونا بمعنى ان يكون مختصا طبقا لقواعد التنازع في قانون دولة القاضي .

المطلب الثاني : أن يكون القانون الاجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي .

المطلب الثالث : أن تكون المخالفة للنظام العام حالية .

المطلب الأول / أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق قانونا ، بمعنى ان يكون مختصا حسب قاعدة الاسناد الوطنية .

النظام العام يأتي كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة تعارضه مع الاسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي ، فاذا لم يكن القانون الأجنبي مختصا ، حسب قاعدة الاسناد الوطنية ، فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميدان التطبيق .

ويقول الفقيه (نيبوايه) في هذا المعنى " ان الهدف من الدفع بالنظام العام ، هو حماية الدولة من اخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية ، فاذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق ، فالخطر ينعدم تماما ولاتدعو الحاجة الى اللجوء الى استعمال الدفع بالنظام العام"

" L'exception de l'ordre public pour but de protéger un pays contre les dangers dans certains cas de l'application des lois étrangeres.

S'il n'ya pas de droit étrager applicable,le danger n'existe pas ,il n'est donc pas besoin de faire appel à l'exception de l'ordre public ."

---

1 - NIBOYET = Cours de droit Int. privé,Ed 1949 . P 489.

وتأسيسا على ذلك،فلا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي اذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده لسبب آخر ، كأن يكون قانون القاضي على سبيل المثال، سياسيا او اقليميا، او يكون قانون الموقع او قانون المحل ، او القانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين، او القانون الذى اسند اليه الحكم بطريق الاحالة الخ ... (1)

ونتناول بعض هذه الحالات بايجاز فيمايلي :

ا - القوانين السياسية / Les Lois Politiques

ان القوانين السياسية في أي بلد كان توضع لتحقيق اهداف معينة يستفيد منها مواطني هذا البلد فقط، ولذلك يجب أن تقتصر على رعايا هذا البلد، ولايمكن ان يزاحم هذه القوانين أي قانون أجنبي مهما كان نوعه والسلطة التى اصدرته .

وتوصف القوانين السياسية عادة بانها اقليمية التطبيق كما ان تطبيقها يكون عاديا ولا يكون على سبيل الاستثناء وبالنظر الى طبيعة القوانين السياسية و خصائصها، فانه لايمكن مزاحمتها من طرف القوانين الأجنبية كما ذكرت، فهي واجبة التطبيق .

وعلى هذا الاساس لا ينهض الدفع بالنظام العام هنا،لأن القوانين الأجنبية في هذه الحالة مستبعدة بصورة تلقائية .

---

1 ـ د . علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائرى ،ط 1984،ص93

2 - NIBOYET= Cours de droit Int.privé, Ed , 1949 . P 490 .

2 ـ قـــانـــون المـــوقـــع :

تجمـــع التشـــريعـات منـذ القـدم علـى تطبيـق قـانون المـوقـع علـى العقـار و المنـقـول ، وهـي قـاعـدة تقليـديـة يـرجـع عهدهـا الـى المدرسـة الايطـاليـة القـديمـة :

ويقصـد بقـانون الموقـع ، القـانون الـذى يطبـق علـى الاحـوال العينيـة (Les Statuts reel) ومعلـوم ان هـذه الاحـوال تشمـل كـل الحقـوق العينيـة الـواقـعة علـى عقـار او منقـول،كمـا تشمـل حـق الملكيـة واسبـاب كسبـه .

وقـد نصـت المـادة 17 مـن القـانـون المـدنـي الجـزائـرى علـى انـه "يسـرى علـى الحيـازة و الملكيـة و الحقـوق العينيـة الاخـرى قـانون المـوقـع فيمـا يختـص بـالعقـار،ويسـرى بـالنسبـة الـى المنقـول قـانـون الجهـة التـى يـوجـد فيهـا هـذا المنـقـول وقـت تحقيـق السبـب الذي تـرتـب عليـه كسـب او فقـد الحيـازة ، أو الملكيـة ،و الحقـوق العينيـة الأخـرى ".

ولقـد بـرر بعـض الفقهـاء تطبيـق قـانون الموقـع علـى العقـار،بـانـه يعتبـر جـزء مـن اقليـم الـدولـة الـذى تمـارس عليـه سيـادتهـا.

امـا الفقيـه (بـارتـان) فيبـرر تطبيـق قـانون ألمـوقـع علـى العقـار بتـأميـن المعـامـلات (La Securite de Transaction)[1]،ومهمـا كـانـت الاعتبـارات،فـالقـانون الأجنبـي غيـر مختـص،واذا انـعـدم اختصـاص القـانـون الأجنبـي ،فـانـه لايمكـن اللجـوء الـى الدفـع بـالنظـام العـام[2]،

---

1 ـ د.علـى صادق هشـام =دروس في القـانـون الدولي الخـاص ، ط 1986 ، ص 295.

1ـ راجـع "مـذكرات في القـانـون الدولـي الخـاص الجـزائـرى للدكتـور علي علي سليمـان المـرجـع السـابـق ، ص 93 .

2 - NIBOYET Cours de droit Int.privé , Ed 1949.P490.

فالملكية تخضع لقانون موقعها . فاذا فرضنا ان الملكية توجد بالجزائر فالقانون الجزائري هو الذي يكون مختصا ويطبق تطبيقا عاديا ، وهذا من الاسباب التي تؤدي الى عدم اختصاص القانون الأجنبي ، واذا انعدم الاختصاص انعدمت معه فكرة اللجوء الى النظام العام . (1)

3 ـ قانون المحل :

يلاحظ ان تطبيق قانون المحل هنا ليس تطبيقا لقاعدة (LUCUS) المتعلقة بشكل التصرفات،وانما يطبق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية طبقا لقاعدة أخرى هي قاعدة (Lexloci delicte) .

ويقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزام الناشىء عن الفعل الضار و الالتزام الناشىء عن الفعل النافع .

ويرى استاذنا "الدكتور علي علي سليمان" ان المبرر الذي يجعل تطبيق قانون المحل على الفعل الضار سائغا ،هو مبدأ الشرعية فقانون المحل هو المختص بتحديد مشروعية الفعل او عدم مشروعيته بتحديد الجرائم ، اذ ان المسألة مسألة امن مدني وتدخل في اقليمية القانون ،ولذلك استثنى تكييفهما من قانون القاضي . (2)

---

1 - NIBOYET = Cours de deroit Int.privé , Ed 1949 . P490

2 ـ د . علي علي سليمان = المرجع السابق ، ص 88 .

وفي هذه الحالة ايضا يظهر بوضوح عدم اختصاص القانون الأجنبي، ولا يلجأ الى الدفع بالنظام العام، لان القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون المحل وليس غيره من القوانين الأجنبية.

وقد نص المشرع الجزائرى على وجوب تطبيق قانون المحل أصلا لقانون وقوع الفعل الضار واستثناء قانون القاضي اذا كان هذا الاخير (قانون المحل) غير متفق في الحكم على مشروعية الفعل مع قانون محل وقوعه، وذلك في المادة 20 من القانون المدنى الجزائرى.

4 - قانون ارادة المتعاقدين : (La loi de l'autanomie

القاعدة، انه يسرى على التصرفات القانونية التى يبرمونها الأفراد القانون الذى تختاره ارادتهم.

ويشترط لاختيار المتعاقدين قانون أجنبي معين ان تتوافر صلة مابين العقد او المتعاقدين وبين القانون المختار، لانه من غير المعقول ان يختار المتعاقد ان لحكم عقدهما قانون لا صلة له مطلقا بهما، والا افترض فيهم، الغش نحو القانون.

وعليه فالقانون المختص أصلا،هو قانون الارادة،وليس قانون آخر، ولذلك لايثار الدفع بالنظام العام في هذه الحالة كذلك،

راجع = مؤلف الدكتور على على سليمان، المرجع السابق ص 106.

2 - عز الدين عبد الله = القانون الدولى الخاص، جـ 2، ط 1977، ص 390

لأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذى اختارته ا ر ا د ة المتعاقدين، بشرط توفر صلة تبرر هذا الاختيار كما ذكرت.

5 - قوانين الاجراءات : Les lois de procedure

لقد اعتاد خضوع قوانين الاجراءات الى قانون القاضى الذى يرفع امامه النزاع لحكمة وهي ان هذه القوانين تتعلق بتنظيم مرفق القضاء ككل ، ولقد اخصها القانون المدنى المصرى و كذا الفرنسي والدول العربية التى حذت حذوهم الى قانون القاضى .

اما المشرع الجزائرى ،فقد أغفل النص عليها .

و يرى استاذنا " الدكتور على على سليمان "،انه ينبغى تطبيق قانون القاضى عليها بالجزائر .

ومما سبق يتضح لنا انه كلما اتضح وجوب تطبيق قانون معين سواء كان هذا القانون سياسى او قانون الموقع او قانون المحل،او القانون الذى تختاره ارادة المتعاقدين، وغيره من القوانين الاخرى الواجبة التطبيق، فان الدفع بالنظام العام لا يعمل به في مثل هذه الحالات لثبوت الاختصاص مسبقا الى قانون معين واجب التطبيق .

1- NIBOYET = Cours de droit international privé,Ed 1949.P490

1 - [illegible] السابق ، [illegible] .

2 - على على سليمان = مذكرات في القانون الدولى الخاص الجزائرى ،ط 1984 ص 93.

المطـلـب الثـانـي / أن يكـون القـانـون الأجـنبـي المـراد تطبيقـه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العـام لـدولـة القـاضـي .

" Los exigences de l'ordre public "

يستدعـى الامتنـاع عـن تطبيـق القـانـون الأجنبـي المختص في دولـة القـاضـي ، ان يتعارض في حكمـه مـع مقتضى مـن مقتضيـات النظـام العـام لـدولـة القـاضـي .

ويعبـر عن هذا الشرط "بعدم التكافؤ القانوني (1) I N S U F F I S AN C E (L'équivalence juridique") و قـد كـانـت هنـاك محـاولات لتحديـد هـذه المقتضيـات مسبقـا عن طريـق تقسيـم القوانيـن ، الـى قوانيـن متعلقـة بـالنظـام العـام ، وقوانيـن غيـر متعلقـة بـالنظـام العـام ، خـوفـا مـن تحيـز القـاضـى لارائـه و ميـولـه الشخصيـة ، مستغـلا بـذلـك سلطتـه التقـديريـة . وقـد رأينـا ان كـل هـذه المحـاولات كـان مميـرهـا الفشـل ، لعـدم ثبـات مقتضيات النظـام العـام (2) ، فـالامـر يتطلـب كمـا يقـول الفقيـه (نـبوايـه) " الغطـس في اعمـاق الحيـاة الاجتمـاعيـة لكـل دولـة "Plongent dans les profondeur de la vie social de chaque Pays " علـى حـدة ، و هـذا يصعـب تحقيقـه .

1-NIBOYET = Cours de droit Int.privé ;ED 1949,P 491.

2 - JACKS MAURY = l'éviction de loi normalement compétente:l'ordre public et la fraude à la loi Ed 1952 , P 121

والذي استقر عليه الفقه و القضاء حاليا ، هو أن مقتضيات النظام العام، هي تلك الاسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع معين في وقت معين وهذه الاسس تختلف باختلاف المكان و الزمان، فعلى سبيل المثال قد تعتبر بعض الدول الزواج عندها نظاما مدنيا بينما تعتبره بعض الدول الاخرى نظاما دينيا يتعين احترامه ،لكونه مسألة متعلقة بالنظام العام . (1)

وقد يكون التطبيق جائزا في دولة ومحظورا في دولة أخرى الى غير ذلك من المسائل التي تمس النظام العام في دولة أو في أخرى .

ومرجع ذلك كله كما اسلفت الى اختلاف مقتضيات النظام العام من دولة لاخرى وفي الدولة الواحدة من زمان الى زمان (2) (Variabilité dans le temps et variabilité Spatiale)

ولا يكتفي جانب من الفقه بتوافر احد مقتضيات النظام العام في دولة القاضي لكي يستبعد تطبيق القانون الاجنبي المختص أصلا، بل يتعين على القاضي بالاضافة الى ذلك أن يقوم بفحص القانون الاجنبي قبل استبعاده باسم النظام العام ،وذلك بتحليله للواقع

---

1 ـ عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص،ج 2، ط 1977 ،ص 336 .

2 - NIBOYET = cours de droit Int.privé , Ed 1949 , P 491 .

الاجتماعي والاقتصادي و السياسي للمجتمع الذي صدر في ظله هذا القانون ،فيقوم باجراء موازنة بين قانونه و القانون الواجب التطبيق، من حيث تشابه نمط الحياة الاجتماعية و الاقتصادية ، وهذا مايعبر عنه بتحليل مقتضيات النظام العام (1) (Dianostique l'exigence de l'ordre Public)

وعن طريق اجراء القاضي هذا التحليل ،فانه قد يعدل عن استبعاد تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق أو على الاقل يقلل من فرص استبعاده .

و الملاحظ على هذا الرأي الفقهي، أنه من الناحية النظرية تبدو فكرته مقبولة الى حدما ،نظرا لكونها تدفع القاضي الى البحث والاجتهاد أكثر ، خاصة وأن فكرة النظام العام يصعب ضبطها و فهمها بسهولة .

غير أن تجسيد هذه الفكرة في الواقع العملي أمر صعب المنال (2)، ذلك أن القاضي بالنظر الى وظيفته وحدود اختصاصاته وامكانياته لا يستطيع القيام بذلك فمسألة بحث المجتمع الاجنبي وتحليل ظروفه السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية ، لا ستخلاص نمط تشابه أفكار المجتمع الاجنبي مع الافكار السائدة في دولة القاضي

---

1 - NIBOYET = Cours de droit Int. privé , Ed 1949 , P450.

2 ـ انظر فى هذا المعنى ، د.فؤاد عبد المنعم رياض= الوسيط في القانون الدولي الخاص،ط 1972،ص 189 .

تعتبر مسألة بالغة التعقيد يصعب على القاضي التصدي لها، فكل ما يستطيع القاضي القيام به هو فهم الافكار السائدة في مجتمعه، فاذا رأى القانون الاجنبي الواجب التطبيق متعارضا معها، فانه يتعين عليه استبعاده وابداله بقانون آخر، دون أن يحاول تحليل المجتمع الاجنبي أو اجراء دراسة له ليقرر في النهاية باستبعاد القانون الاجنبي أو عدم استبعاده فتلك مسألة تفوق اختصاصه .

ومما يمكن قوله هنا هو أن فكرة النظام العام كما وصفها البعض (لا يمكن تحديدها الا في أمة معينة وفي جيل معين) . (1)

ولذلك فلا مفر من أن يترك أمر تحديد مقتضيات النظام العام للقاضي الذي يقدرها وقت المنازعة (Au moment du litige)[2] وتقدير القاضي توافر مقتضيات النظام العام هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . (3)

---

1 ـ د .عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص،ج2 ، ط 1977 ، ص٤٤٤

2- MOHAND ISSAD = Droit International privé,Ed 1980,P 195.

3- وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى فى احدى حيثياتها العامة بمناسبة احدى احكامها "ان تحديد النظام العام هى مسألة قانونية "

(...L'ordre public c'est une question de deroit)

انظر ذلك فى :

MALAURIE (PH) =L'ordre public et le contrat ED 1953.REIMS-URSS.P113

المطلب الثالث / أن تكون المخالفة للنظام العام حالية[1] (ACTEUL)

اذا اتضح للقاضي أن القانون الاجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية يصطدم في حكمه مع مفهوم النظام العام السائد في دولته، تعين عليه استبعاده من ميدان التطبيق واحلال قانون آخر مكانه .

غير أن السؤال الذي يطرح هنا، هو في اية لحظة يجب أن يتقرر ما اذا كان هذا التصادم موجودا بين القانون الوطني و القانون الاجنبي المعين بواسطة قاعدة الاسناد الوطنية .

أن التصادم الموجود اليوم ربما كان غير موجود في الماضي وربما لا يوجد في المستقبل، فما العمل ؟

أن الرد على ذلك سهل بسيط، فالعبرة باللحظة التي يطلب فيها من القاضي الفصل في النزاع لاوقت نشوء العلاقة موضوع النزاع، وبعبارة أخرى، العبرة بماهو مقرر في قانون القاضي وقت صدور الحكم لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع (2) .

و الواقع هو أن هذه المسألة (مسألة حالية النظام العام تعتبر في غاية الاهمية، و قد لفتت انتباه الفقه

---

1 ـ د . علي علي سليمان = المرجع السابق، ص 153 .

2 - MOHAND -ISSAD = Droit Internationale privé .ED 1983 . P 132

و القضاء اليها كثيرا ، نظرا لكونها تضع حدا فاصلا بين المفهوم السابق للنظام العام و المفهوم الجديد له ، خاصة وأن مفهوم النظام العام في تغيير و تطور مستمر .

فاذا القينا نظرة على القانون المقارن ، فانه يتبين لنا بوضوح مدى التغيير الذي يطرأ على النظام العام باستمرار ، ففي فرنسا على سبيل المثال يكفي القاء نظرة على الانظمة القانونية المتلاحقة و المتغيرة باستمرار و التي عرفها خاصة نظام النسب غير الشرعي (LA FILIATION ILLIGITIME)(1) وتأثيره على النظام العام الفرنسي ، اذ أصبحت العبرة باللحظة التي يطلب فيها من القاضي الفصل في النزاع لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع ، و قد أخذ الفقه و القضاء بهذه الفكرة ، لانها هي التي تتفق وحدها مع طبيعة النظام العام الذي يتغير حسب الزمان و المكان .

ويمكن استقاء امثلة من القضاء الفرنسي لتوضيح مدى التغيير الذي يطرأ على النظام العام ، فقد كان القضاء الفرنسي يستبعد تطبيق القانون الاجنبي باسم النظام العام متى كان يبيح الطلاق الذي ظل محرما في فرنسا حتى سنة 1884 . (2)

أو متى كان يبيح رفع دعوى اثبات النسب للاولاد

1- LERBOURS - PIGEONNIERE = droit Int. privé 1978 . P [illegible]

2 ـ د . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ، ط 1969 ، ص 568 .

غير الشرعيين ،وقد ظلت هذه الدعوى ممنوعة في فرنسا حتى سنة 1912 . (1)

و قبل سنة 1923 كان القانون الفرنسي يشترط لصحة التبني أن يكون الزوجان المتبنيان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الانجاب . ولما صدر في سنة 1923 قانون يبيح التبني حتى لمن لم يبلغوا هذا السن وطعن أمام محكمة باريس في تبن حصل في الخارج قبل صدور هذا القانون باعتباره مخالفا للنظام العام ،لان المتبنيين كانا شابين، قضت المحكمة برفض الطعن باعتبار أن مثل هذا التبني قد أصبح غير مخالف للنظام العام . (2)

ونفس الحل أخذت به محكمة استئناف باريس في حكم أصدرته بتاريخ 2 جانفي 1936 و قالت فيه بأن التبني الذي وقع في روسيا بدون أي اعتبار للقسوة التي يفرضها النظام العام الفرنسي في تلك الفترة ،يمكن أن ينتج أثرا في فرنسا بعد تعديل هذه الشروط (شروط السن) وانتهت المحكمة في حكمها هذا الى مبدأ قانوني هام و هو (ابتداء من تاريخ هذا اليوم يتعين تقدير ما اذا كان هذا التبني ينتج اثارا في فرنسا).(3)

- C'est a ce jour qu'il convient d'apprecier si l'adoption peut produire des éffets en FRANCE " P.377= Revue crit de DIP.

1- JACKS- MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente :l'ordre public à la faude à la loi ed : 1952 . P. 48 .

2 ـ د . علي علي سليمان = المرجع السابق، ص 153 .

3 - MIGUEL DE ANGUILO RODRIGUEZ = Revue CRT de D.I.. N° 3 , 1972 . P 377

أنظر المادة 344 من القانون المدني الفرنسي الصادر في سنة 1923،والتي احلت محل المادة 343 من القانون السابق .

و نفس التغيير عرفته أنظمة الزواج و الاحوال الشخصية بصفة عامة .

فمثل عدم جواز انحلال الرابطة الزوجية كان متأصلا في اسبانيا بمقتضي التشريع الجمهوري في مادة الطلاق ، فكان ينظر الى انحلال رابطة الزوجية على أنه مساس بالنظام العام الاسباني مما يجيز الدفع بالنظام العام عندما يتعلق الامر به (1) .

غير أن هذا القانون قد تغير بعد صدور قانون 7 جويلية 1981 ، الذي أباح الطلاق ، فأصبح غير مخالف للنظام العام .

و في بلجيكا كان الطلاق محظورا يتعلق بالنظام العام و عندما صدر قانون 27 جوان 1961 ، أباحه وأصبح غير مخالف للنظام العام . (2)

وأخيرا القانون الايطالي الصادر في أول دسمبر 1970 و المتعلق بالطلاق ، فقد غير هذا القانون الكثير من المفاهيم التي كان ينظر اليها على انها من النظام العام ، و خاصة المتعلقة منها باسباب الطلاق

---

1 - LERBOUS - PIGEONNIRE = Droit International privé.ED 1978.P 498

2 - MIGUEL DE ANGELO RODREGUEZ = Revue critique de droit International privé N° 3 , ANNEE 1978. P 498

ليس فقط المفهوم القديم للنظام العام الذي كان لا يبيح حل رابطة الزوجية فحسب ، وانما أيضا فيما يتعلق بشرعية الاطفال الطبيعيين بعد الانفصال الجسماني الذي يقع بين والديهما .[1]

و مما سبق يتضح لنا أن نظرية حالية النظام العام اصبحت شرطا اساسيا لاستبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام .

وعليه فالعبرة عند الدفع بالنظام العام ، هي باللحظة التي يطلب فيها من القاضي الفصل في النزاع ، لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع .

و يؤكد في هذا الصدد الاستاذ (JACKS MAURY) أنه اذا كان الوضع يتعلق بالدفاع عن مفاهيم اساسية للقانون الوطني ، فاننا لا يمكن أن نفهم كيف يجوز للقاضي أن يتمسك بمفهوم سابق للنظام العام ، كان قد تم تركه أو التخلي عنه من طرف قانونه الوطني ولا يتعمل ، المفهوم السارى أو الحالي للنظام العام عند نظره في النزاع (2)

---

1 -MIGUEIDE ANGUELO RODRIGUEZ = Revue critique de droit Int. privé. N° 3 , 1972 . P 372 .

2 - S'il s'agit de défendre des conceptions fondamentales de droit national, on ne comprendrait pas que le juge puisse le faire pour des conceptions déja abondonnées par son propre droit et on comprendrait mal,par contre qu'il ne le fasse pas pour celles qui y sont acceptées au moment même ou il doit décider (MAURY L'éviction de la loi normalement compétente:l'ordre public International et la faude à la loi . Ed 1952 , P 122 .

فالاستاذ "جاك موري" يستنكر في تساؤله هذا عودة القاضي للمفهوم التقليدي للنظام العام الذي تغير مفهومه عند النطق بالحكم .

أما الاستاذ باديلي (B A D I L I) فيعبر عن رأيه في مسألة حالية أو معاصرة النظام العام بقوله (لننسى قليلا النظام العام التقليدي، فالقاضي بصفته عضوا في المجتمع، يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار النظام العام الجديد الساري وقت النطق بالحكم .

و مضى الاستاذ (باديلي) قائلا يجب أن نأخذ بعين الاعتبار مفهوم النظام العام الجديد فقط، لان مخالفة النظام العام لا تكون الا عند وجوده .

ويرى كل من الاساتذة (ROUBIER-NIBOYET.MM,GAVALDA et P.LAGARDE) أن النظرة الحالية للنظام العام، يجب أن يكون أساسها القضاء و يؤكدون على ضرورة التقدير الشخصي للقاضي عند الفصل في النزاع، فالقاضي هو الشخص الوحيد الأدرى من غيره فيما يخص حكمه على النظام العام ومدى مطابقته أو ملاءمته للنظام العام السائد في دولته، فالقاضي هنا يستعمل ذكاءه و شعوره في مصلحة وطنية (1).

وتجد القانون السويسري يصرح في هذه المسألة (مسألة حالية أو معاصرة النظام العام) في المادة الثانية

1- MIGUEL DE ANGUELO RODRIGUEZ= Revue critique de droit Int. privé N° 3 1972 . P 372 .

من الباب الاخير بأن قواعد القانون المدني المؤسسة على النظام العام تدخل حيز التطبيق أو تصبح فورية التطبيق على كافة الوقائع التي ينص القانون على أنشائها و تطبيقا لذلك لا يجوز تطبيق قواعد القانون المدني السابق التي أصبحت مغايرة لمفهوم النظام العام الجديد (1).

و نفس الموقف اتخذه القضاء المقارن تجاه حالية النظام العام، فهو يأخذ بالحل المتمثل في تطبيق النظام العام الجديد، بدون أي اعتبار لمفهوم النظام العام السابق، و يتجلى هذا بوضوح في حكم محكمة الاستئناف لمدينة (بروكسل) الصادر في سنة 1936، و قد جاء في حيثياته مايلي: (حيث أن مفهوم النظام العام لا يتغير حسب المكان فقط، بل ايضا حسب الزمان) (2).

و في بلجيكا حيث التطور الملحوظ الناجم من عدة عوامل:

و كذلك مجموعة النصوص التي سنت في البلاد منذ الحرب العالمية الاولى، قد ظهر فيها عجز و نقص لعدم مسايرتها أو مواكبتها للتطور الملحوظ الذي حدث في بلجيكا، وبالتالي أصبحت هذه النصوص تعرقل القاضي البلجيكي في عدة مجالات، من شأنها المساهمة في تطور البلاد، خاصة ما يتعلق منها

---

1 - BATIFFOL = Droit International privé, Ed 1981. P 412.

2 - MIGUEL DE ANGUELO RODRIGUEZ = Revue crètique de droit Int privé, N°3, 1972, P372.

بتنمية الاقتصاد الوطني و من ذلك على سبيل المثال

(شرط الدفع بالذهب) (Cluases-Or ou de clauses valeur-or ou l'annulation rétroactive .)

أو ابطال عقد ،باشر رجعي"، الابطال الكلي أو الجزئي للاتفاقيات التي عقدت بطريقة أو بكيفية تخالف أحيانا المفهوم الجديد للنظام العام (1) .

" Attendu que la notion de l'ordre public varie non seulement dans . l'espace mais aussi dans le temps , qu'en Belgique elle a évolué de maniére notable sous la pression des évenements les nombreuses prescriptions d'une portée analogue (à la joint resolution dont l'application était en cause), dictées dans le pays depuis la guerre empêchement, le juge Belge d'admettre que la prohibition de la clauses-or ou de cluases valeur-or ou l'annulation rétroactive en tout ou en partie des conventions qui avaient été l'également formées sont actuellement en opposition avec cette notion "

انظر في ذلك:

. MIGUEL DE ANGELO RODRIGUEZ = Revue Critique de droit Int.privé N° 3 ,Année 1972 . P 376 .

انظر فى هذا المعنى كذلك ، LEREOURS المرجع السابق، ص 502.

و هكذا نلاحظ ، أنه يتحتم على القاضي عند أعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون أجنبي واجب التطبيق أن يضع في اعتباره مسألة حالية مفهوم النظام العام السائد وقت اصدار الحكم لا وقت نشوء المنازعة (1)، كشرط لاستبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام ، و هذا تماشيا مع طبيعة النظام العام المتغيرة و المتطورة باستمرار .

1- MOHAND - ISSAD = Le jugement étranger devant le juge de l'exequeteur de la revision au contrôle Ed. 1968 . P 129 .

- راجع BATIFFOL = المرجع السابق ، ص 412 .

المبحث الثالث / طبيعة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة .

بعد أن عرضنا مفهوم النظام العام وشروط أعماله ، يجدر بنا أن نوضح طبيعته في مجال العلاقات الدولية الخاصة .

لقد اختلف الشراح[1] حول تحديد طبيعة الدفع بالنظام العام ،هل هو يعتبر تطبيقا لمبدأ أصلي لقواعد القانون الدولي الخاص أو أنه مجرد استثناء ؟ :

ان الاجابة على هذا السؤال تعتبر بالغة الاهمية ، من حيث تحديد نطاق النظام العام ، تفسيره ، فالقول بان النظام العام يعتبر تطبيقا لمبدأ أصلي في القانون الدولي الخاص ،يكون معناه التوسع في التمسك بالدفع بالنظام العام ويصبح الاصل أو القاعدة هو عدم تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق أو المعين بواسطة قاعدة الاسناد ،بحجة مخالفته للنظام العام في دولة القاضي .

1ـ د . جابر جاد عبد الرحمن = تنازع القوانين ،ط 1969 ، ص 458 .

2ـ د . حسن الهداوى = تنازع القوانين و احكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ،ط 1972 ، ص 112 .

أما اذا أعتبرنا النظام العام مجرد استثناء ،فان مجال التمسك به يكون ضمن نطاق محدد ، ولا ينهض الاعندما تنتهك المبادىء الاساسية أو الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي .

لقد اختلف الفقهاء حول طبيعة النظام العام و هذا الاختلاف تعود جذوره الى عهد مدرسة الاحوال الايطالية اذ كان الفقه التقليدي يستخدم النظام العام كمبدأ أصلي[1] أو قاعدة عامة ، فاتخذ من فكرة النظام العام اساسا لصياغة قواعد الاسناد و مبررا لجعل اختصاص القانون اختصاصا اقليميا ، فتكون قواعد النظام العام كتلك التي تتعلق بالاموال أو الجرائم ،تعطى الاختصاص للقانون الاقليمي ، و هذا ما يراه رجال الفقه المعاصر محلا للنقد ، اذ هذه النظرة التعصبية للنظام العام من شأنها أن تحدث اضرارا بالغة بالتعاون القائم بين الدول بالاضافة الى انكارها لوظيفة قاعدة الاسناد[2] .

ويبدو أن الفقه المعاصر قد تنبه الى خطورة هذا الوضع و غير نظرته لطبيعة النظام العام ،فأصبح ينظر اليه على أنه يلعب دورا استثنائيا لايلجأ اليه الا في حالة الضرورة التي تتطلبها المحافظة على الاسس

---

1 ـ د . حسن الهداوى = المرجع السابق، ص 112 .

2 ـ د . ممدوح عبد الكريم حافظ = القانون الدولي الخاص العراقي ط 1977 ، ص 332 .

الجوهرية و الاخلاقية و الاجتماعية و الاقتصادية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي (1).

فقاعدة الاسناد اذا أعلمت على سبيل المثال الاختصاص في الزواج الى قانون الجنسية ، وكان قانون الجنسية المختص يتضمن حكما يمنع بمقتضاه الزواج بين السود و البيض ، واراد الزوجان التمسك به لبطلان الزواج فان النظام العام ينهض هنا ، كصمام أمان لدفع الخطر الذي يهدد كيان الدولة الاجتماعي و الحضاري من جراء تطبيق هذا الحكم أو هذا النص في القانون الاجنبي الذي اشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد فيهد عدم تطبيق القانون الاجنبي هنا على سبيل الاستثناء ، وبمقدار تعارضه مع النظام العام لدولة القاضي ، الذي يمنع العمل بالحكم القائم على التفرقة العنصرية التي أساسها هنا اللون ، وفيما عدا ذلك تبقى قاعدة الاسناد ذاتها و الاختصاص في الزواج الي قانون الجنسية (2) وعليه ، فالنظام العام يجب الا يحدد بصورة مباشرة أو بصفة تلقائية ، فالعمل بذلك يؤدي الى جمود في العلاقات الدولية الخاصة . ما ينتج عنه بطبيعة الحال انكماش في التجارة الدولية وبالتالي يضر بالتعاون

1-MERCIR (PURE) = Conflit de civilisation et droit Int privé, Ed 1972 , P 108

2- د . ممدوح عبد الكريم حافظ = المرجع السابق ، ص 332 .

الدولي بصفة عامة ، فعدم الالتفات الى هذه الحقيقة أو تجاهلها في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، لا شك أنه يؤدي الى مجافاة الواقع أو انكاره تماما ، فدور النظام العام لا يزيد في حقيقته وطبيعته عن كونه مجرد صمام أمان (1) (SOUPAPE DE SECURITE) هذه الفكرة التي اقترحها الفقيه الالماني (فايمر) (F A I M E R) ثم طورها الفقيه (Z I T L M A N) الذي قال بأن فكرة النظام العام عبارة عن شرط تحفظي (CLAUSE DE RESERVE) لانها تقف في وجه القانون الاجنبي الواجب التطبيق و تحافظ على المفاهيم القانونية و الاخلاقية الاساسية لقانون القاضي ، وفي هذا المعنى يصف الاستاذ الالماني (RAA P E) حد النظام العام الذي يجب الوقوف عنده بقوله " في الباب الذي يؤدي الى الخارج هناك مزلاج نغلقه أو يغلق عند الضرورة . (2)

يتضح لنا مما سبق أن النظام العام يبرز عند الضرورة فقط أي ضرورة المحافظة على الاسس الجوهرية و الحضارية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي .

أما اذا انحرف عن هذه الوظيفة أو بالغت المحاكم في تقديره ، فينقلب ضد هدفه الذي انشىء من أجله

---

1 -"A la porte qui conduit à l'étranger, dit RAAPE" il ya le verrou qui,en cas de necessaite on la ferme ".

revue critique de droit International privé N° 1 année 1954 . P 6 . في
par JACR 3 MAURY .

ويصبح وسلية كيد وانتقام ضد القانون الاجنبي الواجب التطبيق ، وذلك خوفا من هذا الانحراف عن وظيفته الاساسية فان الفقه المعاصر يؤكد على اتباع الحكمة والمنطق الذي يمليه العقل و ضرورة التعاون الدولي.[1]

فالتمسك بالدفع النظام العام يجب أن يكون لاسباب جوهرية فيكون تطبيقه مبنيا على المنطق و المصلحة و الحاجة ، فاذا كان النظام العام قد نظر اليه كمبدأ أسلي في القرن التاسع عشر لظروف واسباب تارخية ، أشرنا اليها ، فان هذه الاسباب لم تعد قائمة في وقتنا الحاضر واصبحت معظم الدول المتحضرة الان تنظر الى النظام العام كاستثناء تقتضيه الحكمة و المنطق و ضرورة مراعاة المصلحة العامة .

و خلاصة القول هي ، أن الدفع بالنظام العام ليس بالامر السهل ، فهو يحتاج الى قاض يستعمل ذكاءه واعيا بحاجات القانون الدولي الخاص واهدافه وضرورة قيام العلاقات الدولية الخاصة وذلك من أجل التعاون وتحقيق الانسجام بين الدول المختلفة وتبادل الحلول القانونية .

---

1 ـ د . ممدوح عبد الكريم حافظ = المرجع السابق ، ص 333 .

2 ـ د . انور العمروسي = التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة ،
ط ، 1978 ، ص 100 .

وعن طريق ذلك يمكن معالجة القضايا المختلفة التي تطرح على المحاكم وتحقيق العدالة المنشودة للافراد وبالتالي توفير الطمأنينة لهم عن طريق التعامل والتعاون فيما بين الدول في مختلف المجالات .

الباب الثاني

اثار الدفع بالنظام العام

EFFETS DE L'EXCEPION DE L'ORDRE PUBLIC

الفصل الأول : الأثار العامة للدفع بالنظام العام

المبحث الأول= في القانون الذي يحل محل القانون المستبعد أو "مبدأ الاستبدال".

المبحث الثاني= نطاق هذه الحلول أو مدى استبعاد القانون الأجنبي .

الفصل الثاني : الأثار المخففة أو الملطفة للنظام العام .

المبحث الأول = التمييز بين انشاء الحقوق وأثارها .

المبحث الثاني= مدى أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي (أو الاثر الانعكاسي للنظام العام).

المطلب الأول / حالة استثناء النظام العام من الاتفاقية .

المطلب الثاني = حالة النص صراحة في الاتفاقية على عدم استبعاد القانون الاجنبي من طرف القاضي الوطني ولو كان هذا القانون يتعارض مع مفهوم النظام العام لدولته .

المطلب الثالث = حالة سكوت الاتفاقية أو المعاهدة عن النص على اعمال الدفع بالنظام العام ضد القانون الاجنبي الذى تشير به قاعدة الاسناد في الاتفاقية اذا ما تعارضت احكام هذه الاتفاقية مع النظام العام لدولة القاضي .

المطلب الرابع = حالة النص في الاتفاقية على حالات محددة يحق فيها للقاضي في الدول المتعاقدة اعمال الدفع بالنظام العام .

المبحث الرابع : أثر تنفيذ الاحكام الأجنبية على النظام العام .

الخلاصة / حقيقة الدفع بالنظام العام .

تمهيد /

لقد عرضنا في الباب الاول نشأة فكرة النظام العام وتطورها عبر المدارس الفقهية المختلفة ، ورأينا المحاولات الفقهية التي بذلت في سبيل تعريفها بقصد تحديد مضمونها و الصعوبات التي حالت دون الوصول الى تعريف موحد ومتفق عليه ، ورأينا شروط اعمال الدفع بالنظام العام ، وقلنا أنه لكي يتسنى للقاضي اعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون أجنبي معين ، يجب توافر شروط معينة ، هي ،أن يكون القانون الاجنبي واجب التطبيق قانونا ،بمعنى أن يكون هو القانون الذى اشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية ، وأن يكون القانون الاجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي ، وأن تكون المخالفة للنظام العام حالية .

وأشرنا الى طبيعة الدفع بالنظام العام وبينا أن الدفع بالنظام العام ليس مبدأ أصليا أو قاعدة قانونية عامة مقررة في قانون القاضي ، بل هو مجرد استثناء يلجأ اليه القاضي عندما يرى أن القانون الاجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع

الاسس الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الدينية أو الاخلاقية أو الحضارية لمجتمعه .

ونعرض الأن في هذا الباب الثاني لاثار الدفع بالنظام العام ، تبعا للخطة التي ذكرتها في بداية هذا الباب .

الفصل الاول / الاثار العامة للنظام العام.

"Les Effets Generaux de l'ordre Public".

اذا تبين للقاضي بعد فحصه للقانون الاجنبي الذى اشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد،أنه يتنافى مع المبادىء الاساسية أو الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمعنه فانه يتعين عليه استبعاده من ميدان التطبيق، فما هو الأثر الذى يترتب على هذا الاستبعاد ؟

أن الاثر العام الذى يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام هو استبعاد القانون الاجنبي الذي تتعارض أحكامه مع النظام العام لدولة القاضي ويطلق على هذا الاثر (بالاستبعاد) Effet d'Eviction) بينما يعبر عنه البعض الاخر بالاثر السلبى للنظام العام(Effet negatif de l'oredre Public)[1]

ويتحقق الاثر السلبى للنظام العام في صورة ما اذا أكتفى القاضي باستبعاد القانون الاجنبي دون أن يحل محله قانونه أو قانون آخر .

---

1 ـ وقد انتقدت فكرة التمييز بين الاثر الايجابى و الاثر السلبى للنظام العام من طرف الفقه الحديث، على أساس أن اثر النظام العام يكون دائما ايجابى .

انظر تفاصيل ذلك في :

-LAGARDE PAUL = Recherches sur l'ordre public en droit Int.Privé,ed P 2

- ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int.pri Thèse 1979 ،P.،٦٧

مثال ذلك أن يطلب فرنسي من القضاء الاسباني حكما بالطلاق طبقا لقانون جنسيته الفرنسي ، فتستبعد المحكمة الاسبانية تطبيق هذا القانون لمخالفة النظام العام في اسبانيا ، وترفض الطلب ويقتصر الأمر على أن يقف قانون القاضي موقفا سلبيا (1).

وكما لو كان القانون الأجنبي المختص يجيز الاعتراف بولد (الزنا) ويمنع القانون الوطني ذلك ، فاستبعاد القانون الأجنبي هنا لتعارضه مع النظام العام لا يشترط تطبيق القانون الوطني ، بل يكتفي القاضي بعدم تطبيق ذلك القانون دون أن يعقب ذلك تطبيق قواعد وطنية لتحل محل القواعد المستبعدة لتحكم موضوع الاعتراف بولد (الزنا) الذي يجهله القانون الوطني ولم يتبنى شرعيته تنظيمه .

وهنا يقول الاستاذ الالماني (RAAPE) لا يثار أي مشكل بالقانون الأجنبي قد استبعد لاصطدامه بالنظام العام لدولة القاضي وهذا يكفي فلا وجود لضرورة احلال القانون القاضي أو قانون آخر محله في هذه الحالة (2).

غير أنه يلاحظ هنا أنه من الناحية العملية نادرا ما يكتفي بالاثر السلبي للنظام العام والوقوف عند هذا الحد ، بل يجب

---

1 _ د.علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1986 ، ص 154 .

2-LAGARDE PAUL = Recherches sur l'ordre public en droit internat privé, Ed 1959. p 206.

عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي تعويضه بقانون آخر، وذلك لسد الفراغ الذي يحدثه الأثر السلبي للنظام العام، لأنه من غير المعقول ترك الخصومة المعروضة على القاضي بدون حل، لأن ذلك يعتبر انكارا للعدالة لايمكن قبوله.

ولتحاشي هذه النتيجة يتعين فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون آخر، فيعقب الأثر السلبي للنظام العام المتمثل في شل وتعطيل تطبيق القانون الأجنبي المختص اثرا اجابي وهو ابدال القانون الأجنبي بقواعد أخرى وتصبح مختصة بدلا من الحكم السابق، وهذا مايعبر عنه (بالأثر الايجابي للنظام العام)[1] (Effet positif de l'ordre public)

ورغم أن معظم التشريعات قد أبرزت الأثر السلبي للنظام العام الا أن معظم الفقه يسلم في بعض الحالات بضرورة تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه لتعارضها مع النظام العام.

ومن الأمثلة التي أحل فيها قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام، قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي استبعد فيها القانون الأجنبي باسم النظام العام و استبدل بقانون القاضي وهو (القانون الفرنسي)، وتعرف هذه القضية باسم قضية (POTINO)

وتعود أحداث هذه القضية الى سنة 1954، أثر خلاف وشقاق نشب

1-JACKS MAURY=L'éviction de la loi normalement compétènte:L'ordre publ et la fraude à la loi,ed 1952,P 204.

2-LOUSSOUARN=Droit international privé,ed 1978,P652.

بين الزوجين . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين من جنسية " بوليفية " تقدما الى القضاء الفرنسي يطلبان فيه الطلاق بموجب قانون جنسيتهما الصادر في سنة 1932، الذي اباح الطلاق والغى نظام التفريق الجثماني (La séparation de corps)(1) بصفة ضمنية . وعندما رجعت محكمة استئناف باريس الى القانون البوليفي لاحظت انه يبيح الطلاق ، على شرط أن يقبله القانون الذي تم اشهار الزواج طبقا له . ومعلوم ان الزوجان قد اشهرا زواجهما طبقا للقانون الاسباني الذي احال عليه القانون البوليفي والذي يحرم الطلاق ، فلاحظت المحكمة أنه اذا رفض الطلاق طبقا للقانون الاسباني المحال عليه ، ورفض التفريق الجثماني طبقا للقانون البوليفي الذي الغى التفريق ضمنا ، فسوف يترتب على ذلك اشاعة الاضطراب بين زوجين متنافرين طال الشقاق بينهما ، وهذا يعد اخلال بالنظام العام في فرنسا .

وفي أول جويلية سنة 1959، اصدرت محكمة الاستئناف لمدينة باريس حكما يقضي باستبعاد القانون البوليفي الذي يقضي برفض التفريق الجثماني وطبق القانون الفرنسي وقضى بالتفريق الجثماني، ورتب على ذلك تصفية علاقاتهما المالية (2).

---

1 ـ د.علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1986 ، ص 155.

2- ANDRE CHAPPELLE= Les Fonctions de l'ordre public en droit Inter privé ,thèse.1979. P 356

واعتبرت المحكمة في خلاصة حكمها أن هذه الوضعية القانونية التي آلت اليها الحالة الزوجية تتعارض مع النظام العام الفرنسي ،لأن الزوجين أصبحا في وضعية لا يمكنهما من الاستمرار في الحياة الزوجية الطبيعية بسبب الشقاق الذي حدث بينهما.(1)

وفي 15 ماي 1963 ، أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم الذي استبدل فيه القانون الفرنسي بالقانون الأجنبي ،لكون هذا الأخير يتعارض مع النظام العام الفرنسي.

وقالت : ان محكمة الاستئناف قد راعت في حكمها مصلحة الزوجين وذلك بضرورة تسوية وضعيتهما الزوجية و المالية .(2)

---

1 - La cour d'appel consedira "qu'une telle situation juridique et manifistement contraire à l'ordre public Français qui ne saurait admettre que des epoux en désacord ne puissent au moins obtenir le relâchement de liens conjugaux devenus intolérables".

"ANDRE CHAPPELLE=Les Fonctions de l'ordre public en droit Int privé Ed 1979. P 356.

2-BATIFFOL = Droit International privé ED 1981 . P 422.

غير أن الأثر الايجابي للنظام العام في حالة تعويض القانون الأجنبي المستبعد يثير جملة من المشاكل القانونية لايمكن تجاهلها ، ومن هذه المشاكل التي تثار ،كيفية العثور على حكم ملائم يحل محل الحكم المستبعد باسم النظام العام .

أمام هذه المشكلة المعقدة نشبت خلافات فقهية حول وضع صيغة متفق عليها لمسألة الاستبدال أو التعويض (SUBSTITUTION) وحول هذه المسألة يتجه الفقه و القضاء الالماني في هذه الحالة الى البقاء في دائرة القانون الأجنبي ،والعمل على عدم الخروج عنه كليا ، اذ أن الاختصاص في الاصل للقانون الاجنبي ،وابعاد هذا القانون لم يكن الابسبب تعارضه مع قواعد النظام العام للبلد الذي يراد تطبيقه فيه ، وهذا التعارض وحده لايبرر الابتعاد كليا عن القانون الأجنبي ،بل يجب أن يستبعد تطبيقه بالقدر الذي يتعارض مع فكرة النظام العام وتطبيق قاعدة تقاربها من نفس القانون المستبعد بدلا عنها وفي حالة خلو القانون المستبعد من قاعدة تقاربها يتولى القاضي تعديل القواعد المستبعدة بشكل يجعلها ملائمة للنظام العام للبلد الذي يراد تطبيق القانون الأجنبي فيه[1] .

ذلك أن تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي المستبعد هو من باب التجاوز للقاعدة الموجودة في قانون القاضي (قاعدة التنازع أو الاسناد التي تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي كما يرى فقهاء الالمان في الاخير أن عملية احلال قانون القاضي

1-GRAULICH=Introduction à l'étude de droit Int,privé Ad 1978.P52.

2- LAGARDE PAUL= Recherches sur l'ordre public en droit Int,privé ed 1959. P 204 .

محل القانون الاجنبي المختص تتجاوز مقتضيات النظام العام في دولة القاضي ، بينما البحث عن قاعدة الاستبدال في قانون الاجنبي تبرر مدى الشقة الموضوعة في القانون الاجنبي الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد، وينتهون الى القول، أنه في حالة تعارض القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام في دولة القاضي فانه يتعين الرجوع الى القانون الاجنبي، و البحث فيه عن نص آخر يتلاءم مع النظام العام لدولة القاضي . (1)

غير أن هذا الحل الذي انتهجه فقهاء الالمان في حالة تعارض احكام القانون الاجنبي مع النظام العام في دولة القاضي كحل للنزاع ، قد انتقد من الفقه ،خاصة عن الفقه الفرنسي و الايطالي، لكون هذا الحل في نظرهم من جهة أنه يتنافى مع الهدف الذى انشيء من أجله القانون الاجنبي، اذ أن هذا كما يعبر عليه البعض يعتبر مسخا و تشويها للقانون الاجنبي بل أن تطبيقه على هذا الشكل يخالف ارادة المشرع الذى وضعه و من جهة أخرى، أن الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى توسيع سلطة القاضي و تقريبها من سلطة المشرع و من ثم اعطاؤه سلطة تحكمية واسعة لايمكن قبولها . (2)

1- LAGARDE PAUL= Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed 1959 . P 204.

2-BATIFFOL = Droit International Privé ,Ed 1981. P 421 et LAGARD

المبحث الاول / في القانون الذي يحل محل القانون الاجنبي المستبعد.

سبق أن ذكرت ، أن المشكلة الرئيسية التي تواجه القاضي عند تقريره استبعاد القانون الاجنبي الذي اشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد تكمن في ايجاد نص يحل محل النص الاجنبي المستبعد باسم النظام العام ،أي الكيفية أو الطريقة التي يعوض بها النص المستبعد .

أما المشكلة أو الصعوبة الثانية التي تواجه القاضي عند استبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام ، فهي تتمثل كذلك في حالة ما اذا كان القانون الاجنبي الواجب التطبيق لا يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي ،بصفة شمولية ، وانما يتعارض فقط بصفة جزئية .

فهل يقوم القاضي في هذه الحالة باستبعاد القانون الاجنبي المختص بكامله ، أم أنه يقتصر فقط على الجزء الذي يتنافى مع النظام العام لدولته .

تلكم مسألتان عويصتان قد اثارتا خلافا وجدلا حادا في الاوساط الفقهية .

ذهب رأي الى القول، أنه بالنسبة لاعطاء حل في حالة استبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام، يتعين على القاضي أن يستمد النصوص من تشريع دولته لسد الفراغ الذي تركه القانون الاجنبي المستبعد[1]،

بمعنى أن النزاع حسب هذا الرأي يحل دائما على أساس نصوص قانون القاضي، باعتباره هو أدرى من غيره بالنسبة لهذا الموقف.

وعليه يتعين استبعاد كل نص أجنبي مخالفا للنظام العام لدولة القاضي مادام هذا الاخير يستطيع تعويضه باحد نصوص قانونه،

غير أن هذا الرأي يستلزم توفر شرطين اساسيين هما:

- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق، بمعنى أن يكون القانون الاجنبي قد أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد.

- وجود حكم في قانون القاضي، يسمح بأن يحل محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام، أي يجب أن يكون هناك نص في قانون القاضي يصلح لاحلاله محل القانون الاجنبي المستبعد[2].

ويقول (P.LAGARDE) في هذا الصدد أنه لكي نكون منطقيين

وقد قال بهذا الرأي الفقيه (بارتان).
1 راجع تفاصيل ذلك في مؤلف (LAGARDE PAUL) المرجع السابق، ص206

2 - د.علي صادق هشام = دروس في القانون الدولي الخاص، ط 1986، ص 154.

مع أنفسنا ولا نحكم بالعاطفة ، يجب الا نتصور أن الوضع يكون دائما بنفس هذه الطريقة السهلة ، فالامر في مثل هذه المسائل المعقدة ، يجب الا يعالج بطريقة تلقائية أو أتوماتيكية أو ذاتية بل الامر هنا جد حساس ، يتطلب البحث دائما عن الحلول الناجحة ، المحققة في نفس الوقت للمصالح الدولية ، ذلك أن اختلاف القوانين الدولية يثير كثيرا من المشاكل ، منها على سبيل المثال عدم وجود نصوص مماثلة أو مشابهة في دولة القاضي تمكن هذا الاخير من احلالها محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام[1].

اذن فالمشكلة الرئيسية تكمن في عدم توفر حكم قانوني مناسب يحل محل حكم القانون الاجنبي المستبعد في كل حالة تعرض أو تطرح أمام القاضي .

فالقاضي بطبيعة الحال و بالنظر الى سلطته ، ليس مشرعا لكي يسن القوانين التي تحل محل القوانين الاجنبية التي يتم استبعادها في كل مرة باسم النظام العام .

1- LAGARDE PAUL = Recherches de l'ordre public eb droit Int.privé ED 1959.P201

واذا عرجنا الى القضاء المقارن ،فاننا نجده هو الاخر قد أفتى في هذه المسائل بصور مختلفة،حول القاعدة أو الاساس الذي يستبدل به القانون الاجنبي .

و يمكن أن نستدل على ذلك بالمثال الذي استقاه لنا الاستاذ (P.LAGARDE) من تجربة المحاكم المغربية في هذا الشأن .

فقد قضت هذه المحاكم عند استبعادها للقانون الاجنبي باسم النظام العام باحلال قانونها محله ،فالقاضي المغربي، هو الذي يتولى حل النزاع في المسائل التي تعرض عليه ، واذا لم يوجد ،فانه يرجع الى مبادىء الشريعة الاسلامية أو مبادىء القانون الطبيعي، مستلهما في ذلك روح العدالة . (1)

وقد واجه القضاء المغربي هذا الفرض بالنسبة للمنازعات المتعلقة بحالة الاشخاص الاجانب ، بالنظر لصعوبة تطبيق القانون الوطني في هذا الخصوص على الاجانب المقيمين في المغرب ،واستقر القضاء هناك في هذا الشأن على أنه اذا تعارض نص القانون الاجنبي مع اعتبارات النظام العام تعين على القاضي استبعاده ، و الحكم في الدعوى معتمدا

1- LAGARDE PAUL =REcherches sur l'ordre public en droit Intprive Ed 1959.P 207.

2- ISSAD MOHAND = Droit int.privé Ed 1980.P201.

بمبادئ الشريعة الاسلامية أو القانون الطبيعي.

وقد أصدرت محكمة الدار البيضاء بالمغرب حكما في هذا المعنى بتاريخ 14 ماي 1928 ،قضت فيه بابطال زواج اسلامي لم يراع توفر شروط الشريعة الاسلامية ،ومن شروط صحة الزواج في الشريعة الاسلامية حضور شاهدين تتوفر فيهما شروط معينة (1).

و الملاحظ هنا أن المحاكم المغربية في ابطالها هذا الزواج لم تستند الى نص تشريعي في قانون دولة القاضي ،الذي كان خاليا من أي نص صريح في هذا المعنى، وانما استندت الى المبادئ العامة في الشريعة الاسلامية .

بعكس ما ذهب اليه القضاء الالماني الذي يرى الحل في البحث عن النص الملائم في القانون الاجنبي نفسه المستبعد باسم النظام العام .

وهذا ما عبرت عنه محكمة (الرايخ) (REICHEGERICHT) وهي المحكمة العليا الالمانية ، في حكم اصدرته بتاريخ 19 ديسمبر 1921 ،وتدور وقائع هذا الحكم حول نزاع يتعلق موضوعه بدين يخضع للقانون السويسرى انذاك وغير قابل للتقادم (IMPRESCRIPTIBLE) ولما كان القاضي

1- MOHAND ISSAD = Droit international privé,Ed 1980 . P 201

2- أنظر تفاصيل هذه القضية في المؤلفات الاتية :

- د- فؤاد عبد المنعم رياض= الوسيط في القانون الدولي الخاص،جـ2 ،ط 1974، ص202

LOUSOUARN= Droit International privé Ed 1978 . P ...

BATIFFOL = Droit International privé ed 1981 . P421

LERBOURS PIGEONNIERE = Droit Int.privé Ed 1978 P 504.

LAGARDE PAUL = recherches sur l'ordre public en droit Int.prive Ed 1959.P204.

الالماني لا يقر مبدأ عدم تقادم الدين بحيث يعتبره مخالفا للنظام العام و الأداب طبقا للمادة 149 من مقدمة القانون المدني الالماني (E G B G B).

فقد اضطرت المحكمة العليا الالمانية بعد المناقشة الواسعة و الجدل الفقهي الكبير الذي ثار بشأن هذه القضية الى استبعاد قاعدة القانون السويسري التي تقضي بعدم تقادم الدين ولكنها لم تحل محلها قاعدة التقادم المنصوص عليها في القانون الالماني كما كان متوقعا بل أبدلتها بقاعدة أخرى من نفس القانون المستبعد (أي القانون السويسري نفسه) وأخذت بأطول مدة التي يأخذ بها القانون السويسري في مادة التقادم .. (La Prescription la plus Longue durée ...).

غير أن هذا الحل الذي اعتمدته محكمة (الرايخ) الالمانية كبديل لاحلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام قد اثار ردود فعل كثيرة وانتقادات شديدة من طرف الأوساط الفقهية ، بحيث اعتبرت هذا الحل الذي تبنته المحكمة العليا الالمانية خرقا و تشويها للقانون الاجنبي ،على أساس أن القانون

1-BATIFFOL= Droit Internatioanl privé Ed 1981.P421.

2- ISSAD MOHAND= Droit Int.privé Ed 1980 . P1..

السويسري هنا قد طبق بصورة مخالفة لروحه ومحتواه فيقول الاستاذ (باتيفول) هنا أن المحكمة قد لجأت الى تطبيق قاعدة في القانون الاجنبي المستبعد ،غير صالحة وغير موضوعة لان تطبق على هذه الحالة[1].

وفي الأخير يشير الاستاذ (باتيفول) الى احلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي المستبعد ولكن في حدود الضرورة التي يتطلبها هذا الحل أو هذا الاستبدال أي أن قانون القاضي يجب أن يحل محل القانون الاجنبي المستبعد في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي فقط، .

ويرى الاستاذ (P.LAGARDE)[2] في هذا المعنى أن تطبيق قانون القاضي لا يتلاءم دائما مع حقيقة النزاع بصورة كاملة أو مطلقة .

ويستند الاستاذ (P.LAGARDE) في هذا المعنى على الحكم الذي أصدرته محكمة (كامبريخ) (KAMMERGERICHT) والذي تتلخص وقائعه في تركة (روسي) توفي في (موسكو) بعد صدور القانون الروسي المؤرخ في 27 أفريل سنة 1918 ، أي بعد (التعديلات الشهيرة للمراسيم و القوانين الروسية* .

1- BATIFFOL= Droit International privé, Ed 1981.P 421.

2- LAGARDE PAUL = Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed,1959.P205.

* apres les Fameux decrets - lois SOVIETIQUES du 27 Avril 1927.

و من المعروف أن هذا القانون الجديد قد ألغى نظام الارث الذي كان معمولا به قبل صدوره ، وقد ترك هذا المتوفي بعض أمواله في المانيا .

فطرح السؤال عندنا : على أي اساس تفصل محكمة المانيا في النزاع بعد هذا التغيير الذي وقع في القوانين السوفييتية هل تتمسك المحكمة بالقانون القديم أم بالقانون الجديد الساري المفعول في الاتحاد السوفييتي ، وبمعنى أوضح هل للمحكمة ان تطبق القانون القديم الذي يجيز الارث أو القانون الجديد الذي يلغيه ؟ و بعد المناقشة الواسعة ، وبعد التحري في نصوص قانون القاضي، لم يعثر على نصوص ملائمة تحل محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام (وهو القانون السوفيتي) اضطرت المحكمة (كامبريخ) (KAMMERGERICHT) الى تطبيق القانون الالماني دون ان تصرح أو تشير الى ان هذا الاخير (القانون الالماني) قد طبق بصفته قانون القاضي .

و يعلق بعض الشارحين على هذا الحكم بقولة " أن القانون الواجب التطبيق أصلا على هذه القضية هو القانون "السوفيتي " ، ولكن هذا الأخير يتعارض مع

1- LAGARDE PAUL = Becherches sur l'ordre public en droit Int.Pr
Ed 1959.P208.

النظام العام لدولة القاضي (القانون الالماني) ،لذلك يطبق القانون الالماني . (1)

غير ان هذا الحل يتساءل مرة أخرى عن العلاقة التي تربط بين وقائع هذا الحكم و قانون القاضي ،و يجيب قائلا : ان هذه الصيغة التي استعملت في هذه القضية تؤدي بنا الى ابداء ملاحظة لا بد منها ، وهي أن قانون القاضي الذي حل محل القانون الاجنبي (القانون الروسي) نجده لا يمت بصلة و لا علاقة له اطلاقا بظروف القضية محل النزاع، فاذا اعتبرنا القانون الاجنبي (القانون الروسي) هو القانون المختص وافترضنا ان قانون القاضي (القانون الالماني) غير صالح للتطبيق أو لا توجد فيه نصوص ملائمة تحل محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام، فكيف نتصور الحل ؟ الواضح نظرا لهذه الاختلافات هو أن تدخل النظام العام يعتبر شيئا بالغ الخطورة ، و خاصة بالنسبة للافراد المعنيين بالامر و ذلك بسبب عدم توقعهم للقانون الذي سيطبق عليهم ، بل يعتبر هذا غير وارد في احتمالاتهم اطلاقا فاذا اضفنا الى ذلك ، كما يقول الاستاذ (P.LAGARDE) عدم دقة القانون المستعاض به ،فهنا تطرح العقبات

1- LAGARGE PAUL = Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé
Ed,1959.P208.

بحدة أكثر من تلك التى يمكن أن تثار أو تطرح عند تطبيق قانون القاضي .

وتفاديا لحدوث مثل هذه العقبات ينصح (LAGARDE PAUL) بحل مستحدث يتلافى به عيوب اللجوء الى قانون القاضي واحلاله محل القانون الاجنبي المستبعد ،هذا الحل يمثل في انشاء قانون دولي خاص للاستعاضة به في حالة استبعاد القانون الاجنبي باسم النظام العام (1) .

غير أن هذا الرأي يبقى حبيس الخيال لصعوبة تحقيقه من الناحية العملية .

فاختيار قانون دولي مسبقا يستعاض به في كل حالة يستبعد فيها القانون الاجنبي باسم النظام العام يتصعب تحقيقه الا اذا توجد العالم تحت راية واحدة أو على الاقل التوصل الى انشاء سلطة عليا ملزمة فوق الدول يمكنها أن تفرض هذا القانون البديل أو المستعاض به في حالة استبعاد القانون الاجنبي.

فهذه الفكرة لا يمكن تحقيقها ازاء الوضع الحالي السائد في المجتمع الدولي .

وخير حل نراه مناسبا ،في حالة استبعاد القانون الاجنبي الذي يتنافى مع النظام العام ،أنه يتعين التقيد بتطبيق

1-LAGARDE PAUL=Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed 1959.P200.

قانون القاضي ، فان لم يوجد فيه نص صالح ،فانه يرجع الى ،العرف .. ،فان لم يوجد فيحكم بمبادىء الشريعة الاسلامية أو مبادىء العدالة وهذا لسد للفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد حكم القانون الاجنبي باسم النظام العام بعد أن تعذر على القاضي أن يجد في قواعد القانون الوطني ما يمكن أن يتلافى به هذا الفراغ،وهو حل تمليه طبيعة دور القاضي في الدعوى وضرورة تصديه للفصل في النزاع بأي وجه من الوجوه ، والا كان منكرا للعدالة .(1)

---

1 - Si une fois la loi étrangére épincée,il faut bien trouver une solution au litige,car le juge ne peut en droit International privé oomme en d'autre Matiére,se rendre coupable de déni de la justice .

ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int. privé,these 1979,paris,P 276.

المبحث الثاني / مدى حلول قانون القاضي محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام .

نطاق هذه الحلول :

سبق أن ذكرنا أن الأصل هو تطبيق القانون الاجنبي الذي أشارت به قاعدة الاسناد في قانون القاضي .

غير أن هذا الاصل ليس مطلقا انما هو مقيد بعدم تعارض القانون الاجنبي المختص مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي .

فاذا تبين للقاضي ان القانون الاجنبي المراد تطبيقه على النزاع المطروح أمامه يتعارض مع النظام العام لدولته فانه يتعين عليه استبعاده باسم النظام العام من ميدان التطبيق، ويتصدى للفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد وهنا يطرح السؤال الاتي : ما هي درجة استبعاد القانون الاجنبي ، وبمعنى اذن هل يقوم القاضي باستبعاد القانون الاجنبي برمته أو يقتصر على الجزء المخالف للنظام العام

---

1 ـ يصف الاستاذ (LOUSOUARN) عملية استبدال الجزء المخالف للنظام العام في القانون الاجنبي والاحتفاظ بالاجزاء الاخرى غير المخالفة بعملية اصلاح السيارة ،فيقول (LOUSOUARN) ان السؤال يطرح هنا حالة ما اذا كان يجب استبدال فقط قطعة الغيار المعطلة أو المعطوبة أو يجب استبدال اجزاء المحرك بكامله .

LOUSOUARN = Droit international privé , Ed 1938 . P 353.

للقانون الاجنبي فقط ، تلك مسألة محل خلاف فقهي انقسمت الاراء حولها ، فهناك قسم كبير من الفقه يرى أن استثنائية النظام العام ، لا يجب ان تحدث اثارا خارج ما هو ضروري للدفاع عن مقتضيات النظام العام لدولة القاضي بمعنى أنه يجب على القاضي الاقتصار على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الاجنبي ، والاحتفاظ بما هو غير مخالف للنظام العام .(1)

ويرى جانب آخر من الفقه وهو رأي ضعيف ،أنه يجب استبعاد القانون الاجنبي كله عند اصطدامه بالنظام العام دون اللجوء الى احلال قانون القاضي أو قانون آخر محله ،وهذا هو الاتجاه الفقهي الذي ينظر الى النظام العام كعنصر سلبي (Effet negatif de l'ordre public.)(2)

الا أن هذا الرأي مردود عليه ذلك لأن الاثر السلبي للنظام العام لايكفي ،بل هو يقترن دائما أو في اغلب الحالات بالاثر الايجابي للنظام العام، فالقاضي عندما يستبعد

"ويرى (GRAULICH) انه يجب ان يستبدل القانون المستبعد بقانون القاضي،ولكن فقط في القدر الضروري".

" Il faut substituer à la loi évincée la lexfori ,mais uniquement la mesure indisponsable .

1 - GRAULICH = Introduction à l'étude du droit Int.privé,Ed 1978.P66

2- NIBOYET = Cours de droit International privé,Ed 1949. P 449.

القانون الأجنبي بانكاره صحة الزواج المبني على التفرقة المذهبية مثلا انما يطبق قانونه الذي لايعترف بمثل هذا الزواج.

بينما يقرر جانب آخر من الفقه، أنه في حالة ماإذا كان نص ما في القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام فانه يتعين استبعاد القانون الأجنبي برمته، وعلى رأس هذا الاتجاه، الفقيه (نيبواييه)[1] الذي يرى أن في تجزئة القانون الأجنبي عن طريق استبعاد الجزء المخالف للنظام العام وتطبيق الاجزاء الاخرى يعد تشويها أو مسخا للقانون الأجنبي، كما أن في تطبيق القانون الأجنبي بهذه الصورة أي على شكل مشتت يتعارض مع الغرض الذي وضعه المشرع الأجنبي له، بل أن هذا التطبيق ينطوي على مخالفة لقاعدة الاسناد في دولة القاضي اذ أن وظيفة هذه الاخيرة تهدف الى تطبيق القانون الأجنبي التي تراه مناسبا لحل النزاع المطروح أمام القاضي شاملا، ولا تقتصر على تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر.[2]

1- NIBOYET = Cours de Droit International Privé , ED 1949 P 497.

2- ويقول "الدكتور أحمد مسلم في هذا المعنى :

ولايجوز التلفيق في تطبيق القانون الذي يحكم النزاع، بمعنى أنه لايجوز اقتباس بعض احكام قانون القاضي وخلطهما ببعض أحكام القانون الأجنبي خلطا متنافرا، لأننا بذلك لا نطبق ايا من القانونين تطبيقا سليما.

(د. أحمد مسلم = المرجع السابق ص 193).

ومع ذلك فقد أكد الرأي، الغالب في الفقه على وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام،دون استبعاد بقية الاجزاء الاخرى التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي (1) ويرى هذا الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء أن العمل بهذا الحل يتفق مع وظيفة النظام العام المنوطة به، ذلك أن أعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف الى اصدار حكم على القانون الاجنبي في ذاته ، وانما يهدف الى منع النتيجة المنافية للنظام العام التي تترتب على تطبيق هذا القانون .

وعليه ، فاذا أمكن تلافي وقوع هذه النتيجة باستبعاد جزء فقط من القانون الاجنبي ،فليس ثم داع أو مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الاجنبي الاخرى التي لا تتعارض في مضمونها مع النظام العام . (2)

1- Ce n'est pas la loi étrangere dans son ensemble qui est rejetée,ce sont uniquement celles de ses dispositions qui heurtent l'ordre public du for et dans l'exacte mesure ou elle lui sont contraire.

RAYMOND VANDER ELST = Droit Int.privé BELGE,et Droit conventionnel international,Ed 1983,P342.

2 ـ فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص ط، 1974 ، ص 198 .

ـ انظر في هذه المعنى كذلك = د.علي صادق هشام ،المرجع السابق ص326

كما يرى انصار هذا الاتجاه أن الاخذ بهذا الحل ليس فيه مساس بوظيفة قاعدة الاسناد ،ولا يعتبر العمل بهذا الحل تشويها أو مسخا للقانون الاجنبي أو انتهاكا لارادة المشرع الاجنبي كما أدعى بذلك البعض ،بل على العكس من ذلك تماما فهذا الحل يهدف في حقيقته الى الاحتفاظ للقانون الاجنبي المختص ببعض نصوصه و الاستفادة منه ، وبهذه الطريقة يصبح القانون الاجنبي مساهما في اعطاء حلول ناجعة لحل مشكلة تنازع القوانين وبالتالي اعطاء دور ايجابي وفعال لقاعدة التنازع الوطنية .[1]

بينما الأخذ بالرأي القائل باستبعاد القانون الاجنبي برمته فيه اهدار صارخ لا مبرر له لوظيفة قاعدة الاسناد الوطنية ويقول الدكتور (علي صادق هشام) في هذا المعنى" أن استبعاد القانون الاجنبي كلية وتطبيق قانون القاضي بدلا منه يعد أكثر تعارضا مع حكمة التشريع ، اذ ما دام القانون الاجنبي هو الواجب التطبيق الا بوصفه اكثر القوانين ملائمة للمسألة المعروضة ،فان الأقرب الى حكمة التشريع هو الابتعاد من احكامه الا ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي". (2)

---

1 ـ د ـ فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص،ط 1974 ص 402

2 ـ د ـ علي صادق هشام = تنازع القوانين ، ط 1974، ص [illegible]

ويبدو أن القضاء الحديث هو الآخر ،قد تبنى الاتجاه الفقهي الاخير القائل بامكان استبعاد الجزء المخالف للنظام العام والاحتفاظ بباقي الاجزاء الاخرى التي لا تتنافى و النظام العام لدولة القاضي .

ويمكن ان نستدل على ذلك ببعض الاحكام القضائية التي صدرت في هذا الشأن .

من هذه الاحكام ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية، فبعد أن كانت تتبع الرأي القائل باستبعاد القانون الاجنبي برمته اذا ما تعارضت احدى نصوصه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي ، نجدها قد عدلت عن رأيها هذا واتبعت الحل الذي يقضي بتجزئة القانون الاجنبي الواجب التطبيق عندما يلاحظ في بعض نصوصه انها تخالف النظام العام .

وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها هذا اثر الحكم الذي اصدرته محكمة استئناف باريس بتاريخ 18 نوفمبر 1943 ، والذي كان موضوعه يتعلق (بالبنوة الطبيعية) (FILIATION NATURELLE) وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن دعوى

1- BATIFFOL = Droit International privé Ed 1981/P421 et LAGARDE

أقيمت باسم احد الاطفال أمام احدى المحاكم الفرنسية للمطالبة بابوية طبيعية من احد الرعايا الفرنسيين، وكان الولد صاحب الدعوى(*) يحمل الجنسية الالمانية آنذاك ، فقررت محكمة استئناف باريس بعد أن طلب منها اعادة النظر في هذا الحكم ،وبعد أن رأت أن قاعدة الاسناد الفرنسية تشير الى قانون جنسية الولد في دعوى كهذه (وهو القانون الالماني) ،اتضح لها أن احد نصوصه (القانون الالماني) يتعارض مع مبدأ عام في فرنسا وهو أنه " لا يجوز اثبات رابطة البنوة الطبيعية الا اذا توافرت بعض العناصر الضرورية" وعلى هذا الاساس اعتبرت محكمة الاستئناف أن القانون الالماني يتعارض مع النظام العام الفرنسي،فاستبعدته من ميدان التطبيق باسم النظام العام الفرنسي،واحلت محله قانون القاضي (القانون الفرنسي)(1).

غير أنه لوحظ في هذا الاستبعاد ،أنه لم يقتصر فقط على الجزء المخالف للنظام العام الفرنسي ، بل شمل القانون المختص بكامله ، أي جميع النصوص المتعلقة بالنبوة الطبيعية (2).

---

(1) - راجع (BATIFFOL) المرجع السابق ، ص 421.

(2) أنظر (LOUSOUAR .N) المرجع السابق ، ص 353.

* l'Arrêt FAYEULE du 8 Novembre 1943.

الا ان محكمة النقض الفرنسية ، قد نقضت حكم الاستئناف المذكور ، وقررت ان استبعاد القانون الاجنبي المختص باسم النظام العام الفرنسي لا يكون بصفة شمولية ،وانما يقتضي الرجوع الى تطبيق النصوص الالمانية الاخرى المتعلقة بالبنوة الطبيعية التي لاتتنافى مع النظام العام الفرنسي،(1)

ونفس الاتجاه أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها اصدرته في سنة 1964 ،يتعلق بعدم ارث المسلم غير المسلم في الشريعة الاسلامية .

فبعد ماعرضت عليها هذه القضية استبعدت النصوص المتعلقة بعدم ارث المسلم غير المسلم وهي (القاعدة المعمول بها في الشريعة الاسلامية) ،ولكنها لم تستبعد النصوص المتعلقة بالأنصبة المقررة في الشريعة الاسلامية .

ويعلق العميد (باتيفول) على هذا الحكم بقوله " ان النظام العام الفرنسي يتطلب فقط استبعاد شرط عدم الأرث ولكن لايحل القانون الفرنسي محل الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بحساب انصبة الارث " .

Dans cette hypothese,l'ordre public Françai exige simplement l'elimination de l'incapacité,mais n'impose nullement la sulistitution de la loi Française à la loi musulmane en ce qui concerne la calcule des pants héréditaires de chacun des ayants droit en ce sense.

1-BATEFFOL = Droit international privé , Ed 1981 . P 442.
et LAGARD

ـ انظر هذه القضية ، مشار اليها كذلك في مؤلف MOHAND ISSAD المرجع السابق ، ص . 200

اذن، فهذا الموقف الجزئي الذي تبناه القضاء الفرنسي يبين بوضوح مدى الاختلاف الموجود بين القانونين الفرنسي و الالماني فيما يخص الآثار الناتجة عن اعمال الدفع بالنظام العام من جهة ومدى النطاق المحدود للقانون المستبدل أو المستعاض به من جهة اخرى .

كما ساير القضاء المصري الرأي القائل بعدم استبعاد القانون الاجنبي برمته ،فحكم بانه " ليس صحيحا مطلقا وجود حكم في القانون الاجنبي يخالف النظام العام في مصر يترتب عنه ابطال العمل بالقانون الاجنبي المذكور برمته واحلال القانون المصري محله ،فان هذا المذهب ليس له في القانون المصري سند ،بل هو متعارض مع نص المادة 28 من القانون المدني التي تنص على انه لايجوز تطبيق احكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الاداب العامة في مصر . (1)

ويتضح من هذا النص عدم جواز تطبيق الاحكام التي تخالف النظام العام ،وليس القانون الاجنبي برمته ، و في العمل بغير ذلك ،يقول الدكتور (علي صادق هشام) (تعطيل لغايات

- راجع حكم محكمة استئناف الاسكندرية ،دائرة الاحوال الشخصية للاجانب الصادر في 17 مارس 1963، وغير منشور (مشار اليه في مؤلف د. علي صادق هشام ، ص 326.

القانون المصرى من تعيين القانون الأجنبى الواجب التطبيق لمجرد احتواء القانون الأجنبى على نص يخالف النظام العام أو الاداب ، كما أن تجاهل القانون الأجنبى فى بكامله يعطل ماأراده الشارع الحريص على اعمال القانون الأجنبى فى الحالات التى يعينها مع استثناءها باستثناء لايقبل التوسع أو القياس مما قد يتعارض مع النظام العام المصرى من احكام هذا القانون.(1)

ونرى أن هذا الحكم ينطبق على نص المادة 24 من القانون المدنى الجزائرى ،كذلك لأن الحكمة التى أرادها الشارع من هذه المادة ، هي استبعاد النصوص التى تتعارض مع النظام العام أو الأداب ، وليس استبعاد القانون الأجنبى فى حد ذاته ،اللهم الا اذا كان هذا القانون (القانون الأجنبى) يتعارض فى مجموعة مع النظام العام ، أو كان الجزء الباقى منه ليست له أهمية بالمقارنة مع النصوص المستبعدة ،ففى هذه الحالة فقط لا مناص

---

1 .. د.على صادق هشام = المرجع السابق، ص 329.

من استبعاد القانون الأجنبي بكامله .

ويتفق هذا مع وظيفة النظام العام في القانون الدولي الخاص ، اذ أن وظيفته كما رأينا آنفا استثنائية تقوم بالقدر الضروري للحفاظ على الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي ، فاذا كانت بعض نصوص القانون الأجنبي لا تتناقض هذه الأسس فلا تدعو الحاجة أو الضرورة الى استبعادها ،ولذلك قيل بأنه ليس القانون الأجنبي هو الذي يصطدم عادة بفكرة النظام العام ،وانما تطبيق بعض أحكام هذا القانون في حالات معينة هو الذي يتعارض مع هذه الفكرة (1) .

وهناك مثال آخر يمكن أن نورده كذلك في هذا الصدد وهو مايعرف (بالموت المدني) (2) (LA MORT CIVILE) فاذا حكم قانون دولة معينة على شخص ما بالموت المدني ،فان مثل هذا القانون يعتبر مخالفا للنظام العام في معظم البلدان المتحضرة ومن ثم يتعين استبعاد القاعدة القانونية القاضية بالموت المدني في هذا القانون ،وتطبيق

---

1 ـ علي صادق هشام = دروس في القانون الدولي الخاص ،ط 1986،ص [illegible]

2 ـ فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد = المرجع السابق ،ص 108.

النصوص الاخرى في القانون الاجنبي التي لا تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي ، مثل كيفية تحديد اهلية هذا الشخص الذي رفض تطبيق فكرة الموت المدني بشأنه ، [illegible]

[illegible]

وايا ما كانت هذه الاختلافات بين القوانين الدولية في هذا الموضوع ، فانه للتخلص منها أو على الاقل للتخفيف من حدتها ، يرى الاستاذ (P.LAGARDE) أنه يجب البحث عن الصيغة التي تقيد أو تحد من استبعاد القانون المختص أو الواجب التطبيق مع المحافظة على القدر الضروري اللازم لحماية النظام العام لدولة القاضي .

كما ينصح الاستاذ (PAUL LAGARDE) في النهاية بعدم الوقوع في مشكلة تطبيق نصوص متفرقة لا تربط بينها اية صلة على علاقة قانونية معينة .(1)

وهذا ما حاول معالجته كذلك مشروع الاتفاق المتعلق بالنفقة الذي انعقد بمناسبة الدورة الثامنة لندوة لاهاي والذي تم الاتفاق عليه في اكتوبر سنة 1956، وأصبح يعرف بقاعدة قانون الطفل هو الذي يحدد قدر النفقة .

---

1 - "Ce projet pose le principe que: la loi de la residence habituelle de l'enfant détermine si dand quelle mesure et à qui l'enfant peut reclamer des élements."

LAGARDE PAUL =recherches sur l'ordre public en droit Int. privé , Ed , 1959.P215.

و قد عالجت هذه الاتفاقية تجنب النتائج التي تضر بالطفل في حالة ما اذا كان قانون موطنه يتسم بالشدة أو قاسيا عليه ، أو تبين للقاضي أن القانون الاجنبي المراد تطبيقه يهدف الى عكس ما تهدف اليه قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي و تفاديا لذلك اضيفت مادة ثالثة في هذه الاتفاقية نصت على أنه يطبق القانون الذي تعينه قاعدة التنازع الوطنية في الدولة التي رفع أمامها النزاع في حالة ما اذا كان قانون موطن الطفل يرفض هذه النتيجة .(1)

و على اية حال ، فأن ما نريد أن نصل اليه في الاخير ، هو أنه في حالة ما اذا كان يتعين استبعاد القانون الاجنبي برمته أو الاقتصار على بعض نصوصه دون باقي النصوص الاخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي فان المسألة تتوقف على مدى أهمية الجزء الذي يتعين استبعاده من طرف القاضي .

فاذا كان السبب الدافع الى تطبيق القانون الاجنبي هو النص الذي يتنافى مع النظام العام ،و كان اعتبار استبعاد هذا الجزء تجو يدا لروح النصوص الباقية في القانون الاجنبي ، أي كان

ARTICLE_3 " Est Applicable de la loi désignée par les regles Nationales de conflit de l'autorité saisie,au cas ou la loi de la residence habituelle de l'enfant lui refuse tout droit aux aliment ."

LAGARDE (PAUL) = Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed 1959.P215/

القانون الاجنبي يفقد سبب وجوده اذا استبعد نص معين منه كأن يكون نص القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطا ارتباطا وثيقا بمجموع النصوص الاخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المتعذر على القاضي ان يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الاخرى التي لاتتعارض مع النظام العام لدولته ، فانه في هذه الحالة لا مناص من الاستبعاد الكلي لاحكام القانون الاجنبي ،وتطبيق قانون القاضي محله .

وتطبيقا لذلك ، فاذا كان قانون الجنسية المشتركة لاجنبيين يقيمان في فرنسا يمنع زواجهما لاختلافهما في الدين ،فان هذا المنع لايحول بداهة دون امكان ابرام الزواج وفقا للقانون الفرنسي ،نظرا لتعارض أحكام القانون الاجنبي (قانون الجنسية المشتركة) مع النظام العام الفرنسي ، فاذا افترضنا أن نزاعا قد طرح بعد ذلك أمام القضاء الفرنسي يتعلق باثار هذا الزواج ،فعلى القاضي ان يستبعد تطبيق القانون الاجنبي الذي يحكم اثار الزواج (قانون الجنسية) استبعادا كليا[1] اذ من غير المقبول ان يطبق القاضي هذا القانون على اثار زواج يعد باطلا وفقا لاحكامه ، وذلك حتى لولم يتعارض القانون الاجنبي

---

1 ـ د. على صادق هشام = تنازع القوانين ،ط 1974، ص 327.

بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الفرنسي .(1)

اما اذا كان النص المراد استبعاده باسم النظام العام ، ليست له أهمية بالمقارنة مع النصوص الاخرى الباقية ، فان هذا لا يؤثر على القانون الاجنبي المختص ككل وبالتالي يمكن تطبيق النصوص الاخرى التي لاتتعارض في مضمونها مع النظام العام لدولة القاضي ،وهذا الحل في اعتقادي جد مناسب وملائم باعتباره يحقق مزايا كثيرة ،منها الحفاظ على ترابط النصوص القانونية داخل القانون الاجنبي باعتبار أن الجزء المستبعد شيء ضئيل أو ثانوي بالنسبة للنصوص الاخرى الباقية كما أن الاخذ بهذا الحل يؤدى الى الاحتفاظ بالدور الايجابي لقاعدة التنازع الوطنية ، عن طريق احترام اختيارها للقانون الاجنبي الاصلح للتطبيق على العلاقة محل النزاع .

1ـ د ـ على صادق هشام = المرجع السابق ، ص 323 .

الفصـل الشـانـي / الأثـار المخـففـة او المطـلقـة للنـظـام العـام .

L'EFFET ATENUE DE L'ORDRE PUBLIC .

تمهيـد /

يختلـف الـدفـع بـالنظـام العـام بـالنسبـة لانشـاء الحقـوق فـي دولـة القـاضـي عـن الاحتجـاج بتـرتيـب اثـار قـانـونيـة نشـأت عـن حقـوق او مـراكـز قـانـونيـة فـي الخـارج .

فـالـدفـع بـالنظـام العـام يعمـل بقـوة اشـد فـي مـرحلـة انشـاء الحقـوق اكثـر منـه فـي مـرحلـة التسـليـم بـاثـار قـانـونيـة متـرتبـة علـى حقـوق و عـلاقـات قـائمـة سلفـا .

وبعبـارة اخـرى تتـراجـع فكـرة النظـام العـام قليـلا أو كثيـرا امـام "الحـق المكتسـب" (Droit Acquis) وأمـام العـلاقـات المستـقـرة ، فـالقـاضـي،رغـم الاختـلاف الجـذرى الـذي يـلاحظـه بيـن قـانـونـه و القـانـون الأجنبـي المختـص أصـلا ، يغـض النظـر عـن هـذا الاختـلاف احتـرامـا للحـق المكتسـب أو تسـليمـا بـالامـر الـواقـع ولكـن ليـس معنـى هـذا ان القـاضـي يغمـض عينيـه عـن كـل حـق

أو مركز قانوني نشأ في الخارج ، فيسلم به كما هو ، حتى ولو كان هذا الحق يتعارض تعارضا مطلقا مع النظم القانونية والسياسية . و الاقتصادية في دولته ، ولكن نقط يتسامح نسبيا حسب درجة التعارض ، و حسب مدى تأثر الرأى العام في دولته من هذا التعارض ،كما سنرى فيما بعد .

وسنتعرض الآن الى التمييز بين حالتيين مختلفتين للدفع بالنظام العام ضمن المبحث الموالي :

المبحث الاول / التمييز بين انشاء الحقوق و أثارها

استقر الفقه و القضاء في مختلف الدول عند اعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين على التمييز بين حالتين مختلفتين

الحالة الاولى : وهي التي يراد فيها انشاء مركز قانوني في دولة القاضي ، وهذا مايعبر عنه الفقه الفرنسي LA création de droit)

الحالة الثانية : وهي التي يراد فيها مجرد الاحتجاج او ترتيب أثار معينة عن مركز قانوني تم نشوءه خارج دولة القاضي (EFFETS DE DROIT)

1- لقد انتقد الاستاذ (فرانسس كاكيس) (FRANCEKAKIS) اصطلاح التمييز بين انشاء الحقوق وأثارها لكونه تسمية معيبة (DEFECTUEUSE) بحيث يصعب الفصل بين الحق وأثاره. مثال على ذلك (الابوة التي تفرض على الشخص الانفاق على عائلته) .

فكيف يمكن هنا الفصل بين الابوة كحق وأثاره فهي نفسها أي الحق وأثاره معا. وعلى هذا الاساس يقترح الاستاذ (فرانس كاكيس) بديلا لهذا الاصطلاح و هو القوانين - مصادر (Droit - SOURCES) في مكان القوانين - أثار .

و يرون ان اثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين :

فالحالة الاولى : هي التي يراد فيها انشاء مركز قانوني داخل دولة القاضي ، ولكن هذا المركز يتنافى مع اعتبارات النظام العام ففي هذه الحالة يتعين على القاضي ابطال مفعول هذا الحق و عدم الاعتراف به باسم النظام العام السائد في دولته[1] فمن غير المستساغ مثلا ،ان يسمح القاضي الفرنسي للاجنبي بانشاء علاقة لايبيحها القانون الفرنسي ، كالزواج باكثر من زوجة داخل الاقليم الفرنسي ، نظرا لما يؤدى اليه ذلك من مساس واضح بالاسس التي يقوم عليها نظام الاسرة في فرنسا[2] . (1).

أما الحالة الثانية : فهي التي يراد بها التمسك باثار حق أو مركز قانوني نشأ خارج دولة القاضي ، ففي هذه الحالة ،فان الدفع بالنظام العام لا يكون له نفس الاثر الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد انشاؤه في دولة القاضي، أي تختلف نظرة القاضي

انظر FRANCECAKIS = La théorie du renvoi . P 40.

1- NIBOYET = Cours de droit Int.privé,Ed 1949. P 496.

2 ـ د.فؤاد عبد المنعم رياض = المرجع السابق،ص 204.

الى استعمال النظام العام ، عندما يكون للتعارض بين القانون الاجنبي وقانون القاضي الذي رفع أمامه النزاع مجلوه الاحتجاج بترتيب اثار قانونية ...

فاذا ماتمت هذه الاجراءات وتوافرت هذه الضروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به أو الاحتجاج به في بلد القاضي فان هذا الوضع لايدعو الى اعمال الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الوطني تجاهه وعملا بذلك ،فانه لا يجوز للاجانب في فرنسا أن يتزوجوا زواجا دينيا لأن الزواج في فرنسا نظام مدني ، الا أنه اذا ماتم في الخارج زواج ديني ، فانه يمكن الاحتجاج به في فرنسا . (1)

كذلك فانه اذا ما تزوج شخص باكثر من زوجة خارج فرنسا ،فان مجرد امتداد اثار العلاقة الى فرنسا لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة .

من هنا يتضح لنا مدى الفرق في اعمال الدفع بالنظام العام بالنسبة للحالتين المذكورتين .

فالقاضي يستطيع أن يقبل حقا أو وضعا قانونيا نشأ في الخارج ولو كانت هذه الاثار تتعارض مع اعتبارات النظام العام السائدة في دولته على اساس أن الشعور

---

1 ـ د ـ علي صادق هشام = تنازع القوانين ، ط 1974،ص 335 .

2 ـ د ـ فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولي الخاص ط 1974، ص 204

العام للرأي العام (OPINION PUBLIC) في دولة القاضي لايتأثر ازاء مركز قانوني أو علاقة قانونية تم نشوؤها في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به الرأي العام اذا ما أريد انشاء نفس المركز القانوني أو العلاقة القانونية داخل اقليم دولة القاضي ، وهذا ما يعبر عنه الفقه المعاصر "بالاثر المخفف أو الملطف للنظام العام" (Effet Atenue de l'ordre Public)

وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالتفرقة بين أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة انشاء العلاقة في فرنسا ،وبين أثره في مرحلة التمسك فيما بعلاقة قانونية تمت في الخارج

فقد حكم القضاء الفرنسي في الفترة السابقة على سنة 1884،بجواز الاحتجاج في فرنسا بطلاق الاجانب الذي يتم في الخارج رغم ان ايقاع الطلاق في فرنسا كان يتعارض مع النظام العام فيها خلال هذه الفترة .

كما قضت محكمة "السين " الفرنسية في 22 أكتوبر 1956 ،بالامر بتنفيذ حكم أجنبي بتطليق بناء على تراضي الزوجين وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزواج ولو أن التطليق على هذا النحو غير جائز في فرنسا . ويلاحظ في هذا الحكم

- La cour de cassation Française a énonce que " La reaction à l'éncontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en Rrance, ou suimant qu'il s'agit de lisser se produire en Rrance ,les éffets d'un droit acquis,sansfraude à l'etranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit International Français . (MOHAND ESSAD=Droit Int.priwé, Ed 1980.P203

أنه قد خفف فيه الدفع بالنظام العام في

مرحلة نفاذ الحق .

كما قضت محكمة (روان) في حكمها الصادر في 20 / مارس / 1968 ،

بانه يجوز التمسك بحق اكتسب طبقا للقانون الاجنبي مادام

أنه قد تم انشاؤه في الخارج . (1)

و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بالتفرقة بين الحق الذى يريد

انشاؤه في دولة القاضي والتمسك باثار حق نشأ في الخارج (2)

اذ أكدت بصراحة ضرورة الأخذ بالتفرقة السابقة حينما اعلنت

ان النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق

يختلف في حالة المنازعات المتعلقة بحق نشأ في فرنسا

عنه في الفرض الذي نشأ فيه الحق فعلا في الخارج . (3)

مجال الاثار المخفف للنظام العام :

يتميز الاثر المخفف للنظام العام بانه ليس ذا طابع أو خصيصة

عامة يتعين اتباعها كلما عرضت على القاضي قضايا من

هذا النوع ، ولا هو يتم بصورة آلية ، فالقاضي له السلطة التقديرية

الواسعة عند مايقرر الاعتراف باثار حق نشأ في الخارج أو عدم

الاعتراف به باسم النظام العام السائد في دولته ، على اعتبار

1- مشار الى هذين الحكمين في مؤلف د. عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، 1977 ، ص 553.

2- LOUSSOUR .N = Droit International Privé, Ed 1978 . P 358.

3- RYMOND VENDRE ELS T=Droit Int.privé BELGE et droit international T.1 , Ed 19.. P 343 .

أن فكرة الاثار المخففة أو الملطفة للنظام العام لا تعني في مضمونها عدم اعمال الدفع بالنظام العام ازاءها بصفة مطلقة أو يتعين على القاضي التسليم بها كما هي ، بل على القاضي أن يوازن بين هذه الاثار الناتجة عن مركز قانوني أو علاقة قانونية نشأت في الخارج ، ومدى تأثر الرأي العام أو تقبله لها فاذا لاحظ ان الرأي العام لايصطدم بهذه الاثار ،فانه يعترف بها على اساس انها بعيدة عن مجتمعه ولا تمس اهدافه الاساسية (1).

أما اذا رأى على العكس من ذلك أن هذه الاثار من شأنها ان تصطدم بالرأي العام او تهدر بالسياسة التشريعية لدولة القاضي ، أي تمس بالاسس الجوهرية التي ينهض عليها مجتمع القاضي ،فانه يتعين عليه عدم الاعتراف بها و بالتالي رفض التمسك باثارها في دولته (2).

المثال الشهير الذي يضرب كرد فعل للنظام العام تجاه المراكز القانونية الناشئة في الخارج ،هو ما يعرف"بالتأميمات " التي تحصل في الخارج ضد الشركات الاجنبية بدون تحديد التعويضات مسبقا لهذه الشركات ،ويتساءل أحد الفقهاء هنا حول طبيعة هذه التأميمات التي لم يتم الاتفاق عليها سلفا ،فيما اذا كانت هذه التأميمات التي تطبق في الخارج تعتبر ذات صبغة

1- د.حسن الهداوي = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط 1972 ، ص 117 .

2- MAYER =Droit International privé,Ed 1978.P166

3- LOUSSOUARN=Droit Int. privé Ed 1978 . P 553.

الـزامية بالنسبة للـدول الاجنبية ، وبمعنى أوضح هل يتعين على هذه الدول الاعتراف باثار هذه التأميمات في بلادها ؟

ان المحاكم الفرنسية تجيب بالنفي المطلق تجاه التأميمات التي تجري في الخارج كلما كانت الدول التي اجرت التأميمات على الشركات الاجنبية ،تتجاهل التعويضات العادلة لهذه الشركات أو اذا كانت هذه التأميمات من شأنها ان تمس باحترام الملكية الفردية ،وطبقا لذلك رفضت المحاكم الفرنسية في كثير من المناسبات الاعتراف باثار حقوق و مراكز قانونية تم نشوءها بالخارج حين رأت في الاعتراف باثار هذه الحقوق مساسا صارخا بالنظام العام الفرنسي و بالتالي لا يمكن تقبلها من طرف المجتمع الفرنسي حتى لو نشأت هذه الحقوق في الخارج .(1)

و قد انكرت بعض التشريعات صراحة الصفة الشرعية لاثار بعض الحقوق التي تم اكتسابها في الخارج ،من ذلك ماصرحت به بعض الدول من أنها لا تعترف بالحقوق المكتسبة بالخارج،اذا كانت هذه الحقوق تتعارض مع الاهداف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و الاخلاقية لدولة القاضي .(2)

من ذلك ما قضت به بعض المحاكم الفرنسية في قضية

1- LOUSSOURAN = Droit International privé , Ed 1978. P 354.

2 ـ د ـ حسن الهداوي = المرجع السابق ، ص 118 .

3 ـ د ـ عز الدين عبد الله = المرجع السابق ، ص 554 .

شهيرة و هي المعروفة بقضية الاسطول الروسي (LA R O P I T) الذي لجأ الى ميناء مرسيليا بعد أن قامت روسيا بتأميم الاساطيل التجارية الروسية ،فطالبت روسيا فرنسا بتسليمها الاسطول باعتبار أن لها حقا مكتسبا طبقا لقانون نزع الملكية الروسي (قانون الموقع) السابق فرفض القضاء الفرنسي هذا الطلب بحكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 مارس 1923، و جاء في حيثياتها ،أن نزع الملكية بدون تعويض يخالف النظام العام في فرنسا ، و بالتالى لا يقبل النظام العام في هذه الدولة الاعتراف باثار حق مكتسب في الخارج يتعارض مع هذا المبدأ (1) .

و هناك قضية تأميم أخرى أنكرت فيها الصفة الشرعية لاثار بعض الحقوق المكتسبة بالخارج ،وقد قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بقولها ، أن اجراء مثل هذا التأميم من شأنه أن يهدد المصالح الاقتصادية الفرنسية ،وبالتالى يتعارض مع النظام العام الفرنسي باعتباره صمام أمن للمجتمع الفرنسي؛ غير أن حكم محكمة النقض الفرنسية ،القاضي بعدم اعترافه بالتأميم الذى أجرته الحكومة الجزائرية على شركة فرنسية قد انتقد على أساس أن القاضي لايحق له (2)

---

1 ـ راجع في هذا المعنى :

ـ د . على على سليمان = مذكرات في القانون الدولى الخاص الجزائرى،ط 1984

ـ د . عز الدين عبد الله المرجع السابق ، ص 554 .

ـ د . حسن الهداوى = المرجع السابق ، ص 147

2- BATIFFOL= Droit International privé , Ed 1981 . P 422.

النظر والبت في شرعية القرارات السياسية الاجنبية ،وانما
له فقط حق رفض اثار هذا التأميم في فرنسا.[1]
كما جرى القضاء في كثير من الدول على الاعتراف
باثار قانونية نشأت عن مراكز
قانونية تم انشاؤها في الخارج حتى
لو كانت تتعارض مع النظام العام لدولة
القاضي المطروح أمامه
النزاع ، ومن أمثلة ذلك ، أن يتمسك مسلم
باثار زواجه باكثر من واحدة في
بلد كفرنسا أو أن يتمسك يونانيان بزواجهما
الذي تم في الخارج في شكل ديني
في بلد كفرنسا أو بلجيكا اللتان
لا تعترفان بابرام زواج ديني في بلدهما
أو انهاء رابطة الزوجية بالطلاق
وذلك بانتاج اثارها داخل دولة
لا تعترف بالطلاق.[1]

---

1 - انظر الدكتور علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي
الخاص الجزائري، ط 1986، ص 156

كذلك استقر القضاء الفرنسي على اعتبار الشركة التي تؤسس في الخارج من لدن شخص واحد صحيحة في فرنسا في حين أن المشرع الفرنسي يرفض انشاء مثل هذه الشركة لتعارضها مع اعتبارات النظام العام الفرنسي . (1)

وفيما يخص مسألة الاعتراف باثار الزواج القائم على تعدد الزوجات ، فقبل التعرض لبعض التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الموضوع ، يجب أن نشير منذ البداية الى أنه من غير الممكن الحصول على الاعتراف بالزواج مالم يكن قد اسس بصورة صحيحة في نظر القانون الدولي الخاص الانجليزي و الفرنسي على حد سواء .

فطبقا للقانون الانجليزي الذي يتطلب الاهلية (CAPACITY) و متطلبات قانون ابرام العقد ، فبالاضافة الى ذلك .فانه لايجوز لاحد الزوجين في الزواج القائم على اكثر من زوجة واحدة ان يطلب أي مساعدة من القضاء الانجليزي ، ويبرر ذلك بكون السلطة القضائية الانجليزية قد وضعت الحماية للزواج القائم على وحدة الزوجة فقط . (2)

وعلى هذا الاساس ، فان المحاكم الانجليزية ترفض اصدار قرار بالطلاق أو بابطال الزواج أو بالتفرقة القضائية أو بالتعويض بسبب الحقوق الزوجية (2.) .

---

1 ـ د .عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص،ج 2،ط 1977، ص 555.

2 ـ د . ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون والاقتصاد ،جامعة البصرة ،العدد الثاني،سنة 1971 ، ص 158 .

غير ان هذا لايعني بالضرورة ان هذا الزواج لا قيمة له ا
ولا يحصل على اي اعتراف في انجلترا في كل الظروف ، فهناك
اتجاه ظهر اخيرا في انجلترا يؤكد " بماأن حالة الشخص
(STATUS OF A PERSON) تعتمد على قانونه الشخصي ، لهذا
فان حالة الزوج و حالة الزوجة الممنوحتين لهما بقوة قانون
الموطن ، يجب ان تكون مقبولة ولهما مفعولية في بقية الدول
الاخرى" [1] .

غير ان المحاكم الانجليزية تشترط ان يعترف بهذه الامورلاغراض
خاصة فقط وليس لكل الاغراض .
و يقول الاستاذ (ممدوح عبد الكريم حافظ) في هذا المعنى (ان الاعتراف
أو عدم الاعتراف بوجود الزواج القائم على تعدد الزوجات يعتمد
على الغرض الذي من اجله يطلب هذا الاعتراف . وعليه ليس
حالة الزواج موضع اعتبار وانما النتائج التى تتبع هذا الزواج
و التى تمارس أو يظهر اثارها في انجلترا حتى تقرر المحاكم
الانجليزية موقفها منه ، وتطبيقا لذلك فان المحاكم الانجليزية
مستعدة بان تعترف بالزواج القائم على تعدد الزوجات بسبب
تأثيره على الحالة الشخصية و كذلك على الاطفال الذين انجبوا
من هذا الزواج [2] .

---

1 - MERCIER (P) = Conflits de civilisation et droit Int.privé, Ed 1972 . P 105.

ـ د ـ ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة
البصرة ، العدد الاول و الثاني ، سنة 1971، ص 1 1 .

فالمحاكم الانجليزية لا تعترف بمسألة تعدد الزوجات لان هذه المسألة تعتبر متعلقة بالنظام العام ، وانما تعترف فقط ببعض النتائج التي تترتب عن هذا الزواج الذي يتم في الخارج كحق مكتسب ، من ذلك حق النفقة و الضمان الاجتماعي (1).

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فيميز هو الاخر بين انشاء الحقوق واثارها من حيث اعمال الدفع بالنظام العام الأن الاحكام القضائية الفرنسية بالنسبة للاثار المخففة للنظام العام ،لم تتبع منهجا معينا وانما حكمت تارة بالسماح بانتاج مراكز قانونية تم اكتسابها في الخارج ،وتارة أخرى ترفض الاعتراف بأي أثر لهذه المراكز اذا كانت تخالف النظام العام الفرنسي .

و من القضايا التى تتعلق بالاثار المخففة للنظام العام و التي فصلت فيها المحاكم الفرنسية هذه القضية التي تدور وقائعها حول حكم اصدرته محكمة النقض الفرنسية اعترفت فيه للزوجة الثانية لشخص من جنسية توفسية متعدد الزوجات (POLYGAMIE) بحق النفقة وكانت هذه الزوجة تسكن مع ضرتها في فرنسا عندما طالبت بحقها في النفقة الناجم عن صفتها كزوجة شرعية و هي صفة مكتسبة بدون غش نحو القانون ومطابقة لقانون الزوج و هو القانون التونسي المختص أصلا. (2)

---

1 ـ د. حسن الهداوى = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولى الخاص العراقي ، ط 1972 ، ص 117 .

2- FRANÇOIS RIGAUX = Droit international privé,Ed 1972.P236.

ويعطي أحد الفقهاء لحكم محكمة النقض هذا تفسيرين :

التفسير الاول : يرى في مسألة تعدد الزوجات عنصرا من عناصر القاعدة القانونية المطبقة من طرف القاضي،على اساس أن الاثر الملتمس تطبيقه من المحكمة هو طلب مبلغ نقدي أو ما يعرف بمنحة للنفقة (PENSION ALEMENTAIRE) وهو من الصنف، الذي يبيحه القانون الغرنسي ، أي من الاثار المعترف بها في فرنسا .

التفسير الثاني : يرى أن الشيء الذي اعتمدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها هذا باعترافها للزوجة الثانية بحقها في النفقة ، هو النظر الى صحة الزواج أو الرابطة الزوجية التعددية التي نشأت في الخارج بدون غش نحو القانون .

و ينتهي هذا الرأي الى القول بان محكمة النقض الفرنسية بدأت تتجه نحو تبني المذهب المتحرر ازاء الحقوق المكتسبة في الخارج بدون غش نحو القانون (1).

(Que la cour de cassation entend limité sa solution liberale aux droit acquis hors du terretoire Français)

1- FRANÇOIS RIGAUX = Droit International privé,Ed 1968. P 236.

كما قضت محكمة الاستئناف لمدينة باريس في قضية أخرى من هذا النوع ، أي من القضايا التي استعملت فيها المحكمة الأثر المخفف للنظام العام ، وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي :

- حيث أنه يستنتج من ملاحظات قضاة الموضوع أن المدعو (صفوني) الذي هو من أصل جزائري قد تزوج بالتتابع في الجزائر بتاريخ 28 أوت 1931 بالسيدة (عربية حمدون) و هذا وفقا للشريعة الاسلامية التي تبيح تعدد الزوجات اذا توفرت شروط معينة .

و بتاريخ 26 سبتمبر 1950 بالسيدة (عائشة) مع العلم ان زواجه الأول بقي قائما .

و حيث ان السيد (صفوني) الذي يعمل بفرنسا قد طلب

-Revue critique de droit international privé , Année 1970.P56

- ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit International privé,Ed 1979.P344.

الاستفادة من منحه التأمين المرضي لعلاج زوجته الثانية بتاريخ 11 جويلية 1968 ، و كذلك منح تأمين الولادة .

- و حيث أن صندوق التأمين الفرنسي رفض طلبه بدعوى أنه سبق أن قدم طلبا مماثلا لزوجته الاولى .

- وحيث أن هناك اتفاقية بين الجزائر و فرنسا فيما يخص الضمان الاجتماعي تنص على استفادة العمال الجزائريين و الفرنسيين على حد سواء في الجزائر و في فرنسا من الضمان الاجتماعي .

- وحيث أن النظام العام الفرنسي لا يعترض على تعدد الزوجات بشرط أن يتم اشهاره في الخارج ،وأن يرخص بذلك قانون الاحوال الشخصية للزوجين .

و في الاخير صرحت المحكمة بمنح الزوجة الثانية المنح المرضية بناء على الاعتبارات السالفة الذكر .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت دعوى الزوجة الثانية التي تطلب فيها المنح المرضية الخاصة بالولادة من صندوق الضمان الاجتماعي الفرنسي بحجة أن القانون الفرنسي لا يعترف بنظام تعدد الزوجات ، بل يعتبره مخالفا للنظام العام .

و هكذا يلاحظ التناقض في أحكام محكمة النقض الفرنسية

راجع في هذا المعنى ANDRE CHAPPELER رسالته السابقة ، ص 354

حول اعتراضنا باشار نظام تعدد الزوجات فمرة تعترف به ومرة تنكره .

وقد دعا هذا التردد الذي وقعت فيه محكمة النقض الفرنسية الى اقتراح حل آخر يتمثل في أنه يمكن الاعتراف باشار نظام تعدد الزوجات في فرنسا ، باعطاء تعويض وحيد[1] للزوج (PRESTATION UNIQUE) سواء كان هذا التعويض يتعلق بالتأمين على المرض أو غيره ،وعلى الزوج أن يوزع هذا القسط بالتساوي على أزواجه طبقا للاجر الذي يتقاضاه وبهذه الطريقة يحافظ صندوق الضمان الاجتماعي الفرنسي على توازنه المالي .

الا أن هذا الرأي الفقهي لم يؤخذ بعين الاعتبار حتى الان أمام المحاكم الفرنسية .

انظر = ANDRE CHAPPELLE الرسالة السابقة ، ص 346

المبحث الثاني /

مدى اثر النظام العام الاجنبي في دولة القاضي أو "الاثر الانعكاسي للنظام العام".

L'effet reflexe de l'ordre public

اتضح لنا من العرض السابق ،ان الهدف الرئيسي من اعمال الدفع بالنظام العام ،هو حماية الاسس الاجتماعية والاقتصادية و السياسية و الحضارية و الدينيةلدولة القاضي .

وبالنظر الى هذه الوظيفة الحيوية التي يؤديها النظام العام في المجتمع ،فان من المنطقي الايترتب عليه أي اثر خارج دولة القاضي .وبعبارة ادق، فانه لايجوز الاعتراف بالنظام العام الاجنبي داخل دولة القاضي و هو ما يوصف بالاثر الانعكاسي للنظام العام فما هو المقصود بالاثر الانعكاسي للنظام العام ؟ يقصد بالاثر الانعكاسي للنظام العام في مجال تنازع القوانين تطابق النظام العام الاجنبي مع النظام العام الوطني لدولة القاضي. (1)

La Confomité de l'ordre public étranger avec l'ordre public du For .

- . ومعلوم ان اصطلاح " الاثر الانعكاسي للنظام العام من وضع الاستاذ (بيليه) (PILLET) وقد قال به بمناسبة رأيه ،في أن هناك قوانين متعلقة بالنظام العام في كل دولة ،وان الدول الاخرى يجب ان تقرلها ذلك وهذا هو ما يسمى بالاثر الانعكاسي للنظام العام،. انظر عز الدين عبد الله = المرجع السابق ،ص 550.

1 ـ انظر (LAGARDE) = المرجع السابق،، ص 223.

و السؤال المطروح هنا ،هل يجوز للقاضي الاعتراف بالنظام العام الاجنبي في دولته ؟

لقد انقسم الفقه ،والقضاء حول هذه المسألة ،فالبعض يرى ان فكرة النظام العام فكرة وطنية بحتة ،ومن هذا المنطلق فانه لا توجد هناك صلة بين ما يعتبر من النظام العام في بلد ما وما يعتبر من النظام العام في بلد آخر (1) بينما يرى البعض الآخر على العكس من ذلك ،أنه في حالة ما اذا تشابه النظام العام في دولة مع النظام العام في دولة آخري ، فلا بأس من قبول الاثر الانعكاسي للنظام العام الاجنبي في بلد القاضي .

---

1 من هذا الرأي (بارتان) الذي يرى ان الحق الناشيء وفقا لمقتضيات النظام العام في بلد لا يحتج به في البلاد الأخرى ،لأن النظام العام اقليمي .

و هكذا اختلف الفقه حول مسألة الاثر الانعكاسي للنظام العام بين مؤيد و منكر له .

فالذين ينكرون اثر النظام العام الاجنبي في دولة القاضي ينطلقون من مبدأ " ان النظام العام وطني بحت "(1)

(L'ordre public étant une notion essentiellement national)

و تأسيسا على ذلك يجب رفض كل حق اكتسب في الخارج وذلك بموجب النظام العام المحلي (L'ordre public local)

غير أن هذا الرأي يرى انه في حالة تطابق النظام العام الأجنبي مع النظام العام الوطني، فانه من الافضل ،كما يرى (PILLET) قبول اثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي .

ويرى استاذنا الدكتور " علي علي سليمان " في هذه المسألة " مسألة الاثر الانعكاسي للنظام العام" ، انه اذا كان النظام العام يقوم على اسس واحدة في الدولتين ،كما هي الحال في فرنسا و بلجيكا ، فلا بأس من الأخذ في كلا البلدين بما يعتبر من النظام العام في كليهما (2)

و هناك مثال تقليدي شهير يتعلق بقضية تتلخص وقائعها في أن (بولونيان) تزوجا في بلجيكا و كانا مختلفين دينا و هذا غير معتد به في القانون البلجيكي ، مع العلم

1- LERBOURS PIGEONNIERES = Droit internationalprivé,Ed1978,P515.

2-BATIFFOL = Droit International privé,Ed 1981, P 422.

3- د- علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط 1984 ، ص 157.

أن قانون جنسيتهما (القانون البولوني) كان يستلزم الاتحاد في الدين ، فطعن في زواجهما أمام القضاء البلجيكي،فاستبعد القضاء البلجيكي القانون البولوني لمخالفته للنظام العام في بلجيكا من هذه الناحية ، وطبق القانون البلجيكي وقضى بصحة الزواج ، فعرض النزاع على محكمة (السين) بباريس في 15 / 2 / 1922 ، نقضت بصحة الزواج على أساس أن النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا (1) .

و هنا يقول استاذنا الدكتور على على سليمان لو أن أمر زواج هذين البولويين عرض من أول الامر على القضاء الفرنسي لقضى بصحته واستبعد تطبيق القانون البولوني لمخالفته للنظام العام الفرنسي ،فكأن القاضي البلجيكي حين قضى بصحة هذا الزواج لم يفعل الا ماكان القاضي الفرنسي سوف يفعل (2) .

أما لو اختلف النظام العام في البلدين اختلافا جوهريا كما هي الحال بين دولة تعتبر الزواج رابطة مدنية ، ودولة اخرى تعتبر، رابطة دينية ،فلا يتسنى حينئذ أن يكون لفكرة النظام العام تأثير واحد في الدولتين .

و الدليل على ذلك انه لما عرض أمر زواج هذين البولونيين على القضاء البولونى ،قضى ببطلان الزواج معتبرا ان فكرة

1-LAGARDE PAUL=Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed 1959,P 224.

2 ـ د ـ علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ط، 1984 ، ص 157.

النظام العام في بلجيكا تختلف اختلافا جوهريا عن فكرة النظام العام في بولونيا : (1)

و في اعتقادى أن رأي استاذنا الدكتور على على سليمان جد صائب ، لكون فكرة النظام العام مرتبطة بفكرة الحضارة نفسها فاذا كانت مجموعة معينة من الدول تنتمي الى حضارة واحدة وديانة مشتركة ،كما هي الحال بالنسبة للدول الاوروبية التى يجمعها تراث قانوني واحد و هو القانون الروماني و ديانة واحدة هي الديانة المسيحية ،أو كما هو الشأن بالنسبة للدول العربية و الاسلامية ،فان مسألة الاثر الانعكاسي للنظام العام تثار هنا لقيام هذه الدول في معظمها على ما يعرف"بالاشتراك القانوني " .

و على العكس من ذلك فان المشكلة لا تثار لو اختلفت هذه الدول حضاريا أو كان انتماؤها الى حضارات مختلفة ،فهنا تبرز الاختلافات الجوهرية في مسائل متنوعة ،وبالتالي تكثر فرصة استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق لتعارضه في أغلب الاحيان مع النظم الاساسية لدولة القاضي .

فما هي الحلول التى اتبعها القضاء حول هذه المسألة ؟

1-NIBOYET = Cours de droit Int.privé , Ed 1949 . P 448.

يلاحظ ان موقف القضاء الفرنسي بالنسبة لمسألة الأثر الانعكاسي للنظام العام ،أنه فصل فيها بصور مختلفة ولم يتبع منهجا معينا فيها ،لكون مسألة الاثر الانعكاسي للنظام العام،لم تكن تطرح على القضاء بشكل واضح .

ونتيجة لهذا الالتباس و الغموض ،نجد القضاء الفرنسي على سبيل المثال قد فصل في حالات عديدة و متناقضة مما صعب على الفقه أن يستخلص أية نتيجة من هذه الاحكام يستند اليها .

غير أن الشيء الملاحظ فيما يخص الحلول التي اتبعها القضاء بالنسبة لمسألة "الاثر الانعكاسي" للنظام العام لم تكن مؤسسة على قواعد قانونية (Sur une Base Juridique)مجردة وانما كانت تؤسس على مجرد الاحساس بالعاطفة (1) (Sur une Base Sentimentale) فالمثال الذى ساقه لنا العميد (باتيفول) يوضح لنا بجلاء موقف القضاء من مسألة الاثر الانعكاسي للنظام العام ،ويتلخص هذا المثال في أن زوجين بولونيين تزوجا في بلجيكا خلافا لقواعد قانونهما الذى يحرم اقامة مثل هذا الزواج ،وذلك لاختلاف ديانة الزوجين

1- LAGARDE PAUL=Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed 1959.P 224.

اذ ان الاختلاف في الدين يتعارض مع النظام العام البولوني بينما القاضي البلجيكي يقضي بصحة مثل هذا الزواج رغم الحظر الذي ينص عليه القانون البولوني
[1]
(MALGRE L'EMPECHEMENT PREVUE PAR LA LOI POLONAISE)

ويتساءل الفقه هنا عن مدى امكان الاعتراف بهذا الزواج لوطلب ابرامه في فرنسا ، مع العلم بأن فرنسا تتفق مع بلجيكا من حيث اعتبار مانع الدين في الزواج لايعد مخالفا للنظام العام ، فاذا جاء الزوجان البولونيان الى فرنسا وارادا أن يتمسكا بصحة زواجهما الذي عقداه في بلجيكا ، فهل يرفض لهما هذا الزواج بدعوى أنه يعد اعترافا بالنظام العام الاجنبي البلجيكي ؟ ، يرغب فريق من الفقه ترتيب أي أثر على مثل هذه العلاقة التي نشأت في دولة أجنبية تطبيقا لفكرة النظام العام فيها ، بالرغم من اتحاد مفهوم هذه الفكرة بين هذه الدولة ودولة القاضي وذلك استنادا الى مبدأ وطنية النظام العام ، ومقتضاه أن قانون الدولة الذي يطبق على علاقة ما اعمالا لمقتضيات النظام العام ، لايجب ان يتعدى أثره حدود هذه الدولة .[2]

غير أن الاحساس بالعاطفة (LES SENTIMENTS) كما يقول الاستاذ (LAGARDE PAUL) يحتم علينا

1-BATIFFOL = Droit International privé , Ed 1981 . P 426.

2-LAGARBE PAUL = Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed 1959 . P 224.

الاعتراف بهذا الزواج في فرنسا .

وهناك مثال آخر أتى به الاستاذ (JACK MAURY)

في هذا المعنى ، يتلخص في أن زواجا دينيا بحتا (PURMENT RELIGUEUX) لاجنبيين تم ابرامه في بلجيكا ، ومعلوم

ان القانون البلجيكي يعتبر انعقاد الزواج بطريقة مدنية

مسألة اصلية تتعلق بالموضوع ، وبالتالي تعتبر من

النظام العام ، كما هو الوضع في فرنسا .

فطبقا للنظام العام البلجيكي الذي يتطابق مع النظام

العام الفرنسي يكون هذا الزواج باطلا . (1)

ذلك أن تطابق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي

والدولة الاجنبية سيترتب عليه وصول قاضي الدولة الى

نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداء .

فلو رجعنا الى المثال المذكور أعلاه لوجدنا أن الزواج الذي

تم في دولة ما أعمالا لفكرة النظام العام التي تستبعد

مانع الشكل الديني لانعقاد الزواج كان سيتم حتما كذلك في دولة القاضي

طالما كان النظام العام في دولة هذا الاخير يقضي

بدوره باستبعاد ذات المانع ومن ثم فانه من غير المستساغ

1-JACK MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente:l'ordr public et la fraude à la loi Ed, 1952. P. ..

رفض الحل الذي توصلت اليه الدولة الاجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوسل اليه أخذا بمقتضيات النظام العام في دولة القاضي ، لان في هذا الحل تناقضا وتعصبا واضحا لقانون دولة القاضي .

و مجمل القول ،أنه لما كان الدفع بالنظام العام وسيلة قانونية يستبعد بها القاضي القانون الاجنبي الواجب التطبيق متى تعارضت أحكامه تعارضا اساسيا مع المبادىء الاساسية التي يقوم عليها مجتمعه ،وبالنظر الى طبيعة النظام العام الوطنية ،فانه من المنطقي الا تتعدى اثار النظام العام حدود بلاده .

و بمعنى أوضح فان فكرة " الاثر الانعكاسي " للنظام العام يجب الايكون لها مفعول في دولة القاضي .

غير أنه يلاحظ ان الاخذ بهذا المنطق يترتب عنه جمود واضطراب في علاقات التعاون التي يجب ان تسود المجتمع الدولي .

وعليه واعتقادا منا ،بان دور النظام العام في المجتمع هو دور وقائي و حمائي في نفس الوقت ،فانه لاضير

في أن يسمح القاضي بالاعتراف بالنظام العام الاجنبي في دولته ،اذا كانت النتيجة التي ستترتب على هذا الاعتراف تتطابق مع النظام العام السائد في دولته.

وهذا مايراه الاتجاه الفقهي المعاصر من وجوب اقرار العلاقة التي نشأت في الدولة الاجنبية اعمالا لما اسموه بفكرة "الاثر الانعكاسي" للنظام العام الاجنبي ،اذ أن النظام العام الاجنبي لم يكن في حقيقة الامر سوى اداة للتعبير عن مضمون النظام العام الوطني ذاته (١) ومن ثم [illegible]

[illegible]

[illegible]

و لاشك في أن اتباع هذا المسلك يحقق الى حد بعيد ضرورة المحافظة على التوازن بين الاعتبارات الدولية التي تتطلب احترام اعمال حكم القانون الاجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع الوطنية لدولة القاضي ،بوصفه اكثر القوانين ملائمة لطبيعة المسألة المعروضة على القاضي من جهة ،وبين الاعتبارات التي يقوم عليها أمن الجماعة وسلامتها وما تقتضيه من ضرورة استبعاد تطبيق

[illegible] privé , [illegible]

(1)-LAGARDE PAUL = Recherches sur l'ordre public en droit Int.privé Ed , 1959 . P226.

احكام القانون الاجنبي في حدود تعارضها مع النظام العام من جهة أخرى .

وهكذا يكفل احترام النظام العام الاجنبي في دولة القاضي حقوق الافراد المكتسبة ، مع مراعاة عدم تعارض هذه الحقوق أو المراكز القانونية مع الاسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي .

المبحث الثالث / أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام.

L'EFFET DES CLAUSES CONVENTIONNELLES SUR L'ORDRE PUBLIC.

تمهيد :

من السمات التي يتميز بها المجتمع الدولي المعاصر قيامه على فكرة التعاون المتبادل في مختلف المجالات،سواء كانت هذه المجالات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو غيرها. وهذا التعاون القائم حاليا بين مختلف الدول ليس وليد الصدفة أو نشأ تلقائيا وانما وجد نتيجة للتطور السريع في مختلف الميادين نظرا لحاجة الدول الى التعامل فيما بينها باستمرار .

و ينظم هذا التعامل عن طريق اقامة العلاقات وابرام معاهدات أو اتفاقيات دولية تأكيدا على الرغبة في اقامة التعاون المستمر بين بعضها البعض .

وما نريد معالجته في هذا المبحث ،ليس هو التعرض لبحث طبيعة هذه المعاهدات أو الاتفاقيات و القضايا السياسية التي تنظمها بل ما نهدف اليه هو عرض بعض الاتفاقيات التي تنظم القواعد القانونية الخاصة ، التي تتعلق أساسا بمسألة النظام العام للدول الموقعة على المعاهدات أو الاتفاقيات،و ما هو موقف القضاء الوطني منها أي موقفه فيما يخص مسألة النظام العام .

وبعبارة أخرى ماهو الحكم اذا كانت قاعدة الاسناد المطلوب من القاضي تطبيقها قد تقررت بمقتضى اتفاقية دولية تخالف النظام العام السائد في دولته ، هل يستطيع استبعاد تلك القاعدة بحجة تعارضها مع اعتبارات النظام العام لدولته أو يطبق القانون الاجنبي اعمالا لاحكام الاتفاقية ؟

اختلف الفقهاء حول الاجابة عن هذه المسألة ،ويعود سبب هذا الاختلاف اساسا الى صعوبة التوفيق بين مبدأين أساسيين هما :

- المبدأ الاول / يتمثل في التزام القاضي بمقتضى الاتفاقية الدولية التي وقعت عليها دولته بشأن قاعدة الاسناد المنصوص عليها في الاتفاقية .

- المبدأ الثاني / هو عدم امكان تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي ،اذا كان هذا القانون يتعارض مع اعتبارات النظام العام في دولته .

ولبحث هذه المسألة بشكل دقيق و مركز يتعين التعرض للفروض التي يمكن أن تقوم عند التوقيع على الاتفاقية أو المعاهدة في هذا الميدان . وتتناول هذه الفروض ضمن المطالب الاتية :

المطلب الاول : حالة استثناء النظام العام من الاتفاقية .

المطلب الثاني : حالة النص صراحة في الاتفاقية على عدم استبعاد القانون الاجنبي من طرف القاضي الوطني و لو كان هذا القانون يتعارض مع مفهوم النظام العام للدولته .

- المطلب الثالث : حالة سكوت الاتفاقية أو المعاهدة عن النص على اعمال الدفع بالنظام العام ضد القانون الاجنبي الذي تشير به قاعدة الاسناد في الاتفاقية ،اذا ما تعارضت احكامها مع النظام العام لدولة القاضي .

- المطلب الرابع : حالة النص في الاتفاقية على حالات محددة . يحق ضيقا للقاضي في الدول المتعاقدة على اعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الذي تشير اليه قواعد الاتفاقية .

المطلب الاول / حالة استثناء النظام العام من الاتفاقية .
==============

قد يتنبه واضعو الاتفاقية منذ الوهلة الأولى الى تلافي هذه المشكلة مسبقا ، وذلك بادراج نص صريح في الاتفاقية يقضي بتغليب احد المبدأين على الآخر (النظام العام او الاتفاقية) فاذا اتفق على تغليب النظام العام فانه يمكن لكل دولة من الدول الاعضاء في الاتفاقية او المعاهدة على استبعاد تطبيق القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد الواردة في الاتفاقية اذا تعارض احد نصوص هذه الاتفاقية مع اعتبارات النظام العام لدولة القاضي المعروض عليه النزاع. وفي هذه الحالة اوهذا الفرض لا تكون هناك مشكلة بين الدولتين او الدول الموقعة على الاتفاقية بحقها في تقدير ما يعتبر من النظام العام ، وبالتالي يمكن لأية دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية ان تستبعد أي نص من نصوص الاتفاقية ،اذا رأت انه يتعارض مع النظام العام . و يمكن ان نورد عدة تطبيقات لهذه الحالة ، فهناك اتفاقيات عديدة نصت على ترك الحرية للدول الموقعة على الاتفاقيات بحقها في الاحتفاظ بالدفع بالنظام العام ،اذ تعارضت نصوص الاتفاقية مع المبادىء الاساسية لها .

ومن هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال،اتفاقية "مشروع تسوية المنازعات المتعلقة بالميراث (1) (LA SUCCESSIUN)

التي انعقدت في"لاهاي " سنة 1925 و 1928 ،حيث اشارت هذه الاتفاقية الى (الشرط التحفظي العام) (CLAUSE DE RESERVE GENERALE)

أو النظام العام ، فاعطت الحق لكل دولة عضوة في هذه الاتفاقية ان تحتفظ بما يعتبر من النظام العام أي جعلت الحق لكل دولة في الدفع بالنظام العام اذا رأت ان نصوص الاتفاقية تتعارض مع النظام العام .

كما ادرج (شرط الاحتفاظ بالنظام العام) في " اتفاقية لاهاي " المبرمة في سنة 1976 و المتعلقة (باشهار الزواج الصحيح و الاعتراف به) .

" Celebration and recognition of the valalidily of mariage a study the rules of conflct of laws.

وقد تناول هذا المؤتمر الذي انعقد من 4 تشرين الاول الى 23 منه لسنة 1976 اقرار اتفاقيتين متعلقتين بالاحوال الشخصية، الاولى تتعلق بالزواج، والثانية تتعلق بالتركة و النظام المالي للزوجين ، وذلك من وجهة نظر تنازع القوانين(2).

1- JACK MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi, ed1952.P126

2 ـ د.ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون المقارن ،عدد 15،ص 10، 1983 ص 55

و تعتبر هاتان الاتفاقيتان كما يرى احد الباحثين[1] تنقيحا و توسيعا لاحكام اتفاقية لاهاي لسنة 1905 الخاصة باثار الزواج و الطلاق التي كانت تمثل فقط الدول الأوروبية ذات النظم القانونية المشابهة .

اما اتفاقية سنة 1976 فقد توسعت العضوية فيها لتشمل بذلك عدد كبير من الدول* ذات الاتجاهات و الافكار القانونية المختلفة ، قصد البحث عن ايجاد حلول لهذا النوع من المشاكل القانونية .

ومن المعروف ان مثل هذه المواضيع يكثر فيها التمسك بالدفع بالنظام العام من قبل المحاكم الوطنية ، نظرا لاختلاف مفاهيم الزواج و تباين انظمته في الدول، خاصة فيما يتعلق بهذا الموضوع (موضوع الزواج) ،فهناك الزواج الذي يتم في شكل ديني،وهناك الزواج المدني، ولكل من هذين النوعين [illegible] عادات و تقاليد تؤدي الى اختلافات في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يتعلق الامر بتنازع القوانين .

---

1 ـ ممدوح عبد الكريم حافظ = مجلة القانون المقارن،عدد 15،س 10،1983 ص 55.

* مصر ، الارجنتين، استراليا،النمسا، بلجيكا، البرازيل، يوغسلافيا الدانمارك، المانيا الاتحادية ، فنلندة ، فرنسا ، اليونان، ارلندا ، ايطاليا ، اليابان، اسبانيا ، السويد ، النرويج ، هولندة ، البرتغال، الولايات المتحدة ، سويسرا ، تركيا ....)

ـ JACK MAURY المرجع السابق، ص [illegible]

وقد نصت المادة 5 من هذه الاتفاقية على انه " يمكن رفض تطبيق القانون الأجنبي بموجب هذه الاتفاقية اذا كان هذا التطبيق يتعارض مع النظام العام في الدولة التي يراد ان يتم الاحتفال فيها" .

ويتضح من هذه المادة أنها قد تركت حرية التقدير للدول الاعضاء في الاتفاقية لتقدير ما يعتبر من النظام العام فيها ، فاذا تعارض حكم الاتفاقية مع مبدأ النظام العام فيها ،فان الاتفاقية لا تلزمها وبالتالي تتحرر منها كلما تعارضت احكامها مع النظام العام .

كما اشارت " اتفاقية المجلس الأوروبي " المؤرخة في 17 جوان 1968، المتضمنة الاتفاق على طلب الاطلاع على القانون الأجنبي "
" L'INFORMATION SUR LE DROIT ETRANGER "
فنصت المادة 11 من هذه الاتفاقية على ان الدولة المطلوب منها اعطاء معلومات من قانونها، يمكن ان ترفض ذلك اذا رأت أنه من شأن اعطائها معلومات تتعلق بالمنازعة المطروحة امامها ،يمس بمصالحها، او اذا رأت ان الاجابة على ذلك من شأنها ان تخل بسيادتها وامنها."

فرغم انه لم يورد اصطلاح النظام العام في هذه الاتفاقية الأن أحد الشراح يتساءل (1) : هل نحن فعلا بصدد مفهوم النظام العام في هذه المادة ؟

ART:11= L'etat requis pourra refuser de donner suite à la demande de reinseignement l'orsque ses interêts sont affectés par le litige à l'occasion duquel la demande à été formulée,ou l'orsqu'il estéme que la reponse serait de nature à porter atteinte à sa souverainetè ou sa securité .

(1) انظر :
ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Intprivé
THESE = 1979.P 396

ويجيب قائلا ،انه اذا كان الوضع كذلك،فيان لدرلج يد ، الشرط التحفظي يمكن نقده ،لان مفهومه يعتبر واسع ومطاط ،فمفهوم المصلحة و الأمن و السيادة تتغير حسب الظروف.

و الواقع ان مثل هذه المفاهيم تعكس الشرط التحفظي او النظام العام في هذه الاتفاقية ،و هناك معاهدة أخرى اشارت كذلك الى ادراج الشرط التحفظي وهي معاهدة"لا هاي" المتعلقة " باتفاقيات انتخاب القاضي " (LES ACCORD D'ELE CTION DE FOR)

فقد ورد في اتفاقية (لاهاي) المؤرخة في 15 نوفمبر 1965، في المادة 15 على مايلي (لكل دولة متعاقدة يمكنها ان تحتفظ بعدم الاعتراف باتفاقيات " انتخاب القاضي " اذا كان النزاع لا صلة له بالمحكمة المنتخبة أو من شأنه ان يضر بمصالحها اذا فصل في القضية محل النزاع من طرف قاضي منتخب " .

ويقول الاستاذ (ANDRE CHAPPELLE) وهنا كذلك يمكننا ان نتساءل عن الصيغة الحقيقية لهذا الشرط (الشرط التحفظي) ،وهو بطبيعة الحال الاحتفاظ بما يعتبر من النظام العام في هذه الدول المتعاقدة .

"Tout Etat contractant peut se réserver de ne pas reconnaître les accords d'élection de fer si le litige n'a aucun rattachement avec le tribunal élu ou si,compte tenu des circonstances,il y aurait grave inconvénient à ce que la cause soit jugée par le tribunal élu" .

ANDRE CHAPPELLE رسالته السابقة ،ص 396.

ومن صور الاتفاقيات التي احتفظت كذلك لكل دول موقعة على المعاهدة بحقها في أعمال الدفع بالنظام العام ،متى تعارض تطبيق هذه المعاهدة مع اعتبارات النظام العام لدولة القاضي، معاهدة الصداقة والاقامة بين مصر وايران المبرمة في سنة 1928 ومعاهدة الصداقة بين مصر و تركيا المبرمة في سنة 1937 . (1)

وقد نص في المعاهدتين ، على أن تطبق في مسائل الاحوال الشخصية احكام المتقاضين في كل من الدولتين، مع عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام وقد أصدرت المحكمة العليا الشرعية في مصر بتاريخ 1946 حكما امتنعت فيه عن تطبيق القانون التركي الذي يقضي بتوريث ذوي الارحام مع ذوي العصبات لمخالفة ذلك للنظام العام المصرى الذي يطبق الشريعة الاسلامية فيما يخص المواريث .

وجاء في حيثيات هذا الحكم مايلي :

(مصر ودينها الرسمى الاسلام بنص الدستور و غالب الامة من المسلمين، لا يمكن أن يتفق مع ما جاء في الاتفاقية المذكورة آنفا لما فيها من انتهاك واضح لحرية الدين و الخروج

---

1 ـ الاستاذ صلاح عبد الوهاب = الدفع بالنظام العام في مواريث الاتراك مجلة المحاماة المصرية ، س 37، ص 1206.

عن قواعد و مخالفة احكامه الثابتة بدليل قطعي الثبوت بالاجماع ولم يخالفه أحد من أئمة المسلمين) .

وهناك ثلاث اتفاقيات ابرمتها لبنان مع كل من سورية والاردن و الكويت تكون نافذة في لبنان ،دون اعطاء هذه الاتفاقيات الصيغة التنفيذية ، اذا كانت لا تتوفر فيها بعض الشروط التي من بينها (الايكون الحكم أو السبب الذي بنيت عليه مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة للدولة المطلوبة منها التنفيذ أو مناقضا لمبدأ معترف به كقاعدة عامة دولية .

كما نصت المعاهدة المبرمة بين الجزائر و المغرب المؤرخة في 15 مارس 1963، والمعدلة و المكملة ببروتوكول ملحق وقع عليه في 15 جانفي 1969 ،ولاسيما المادة التاسعة من البرتوكول الملحق فيما يخص الاحوال الشخصية و مسائل الميراث على ان القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل يكون القانون الوطني لكل من الدولتين مع مراعاة النظام العام للبلدين . (1)

---

1 ـ د.نعيم أدمون = الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط 3 ، 1967 ، ص 108 .

2ـ الجريدة الرسمية الصادرة في 10 سبتمبر 1969 .

راجع الاتفاقيات التي احتفظت بشرط النظام العام في المواد الاتية :

- اتفاقيات لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود التي تتم بطريق الوساطة وقد نوقشت هذه الاتفاقية بتاريخ 6 جوان 1977، المادة 17 من هذه الاتفاقية ، انظر ذلك في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص سنة 1977 ، ص 639.

كما تضمنت الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا المؤرخة في 28 أوت 1962، و المصادق عليها بالأمر رقم 65_194، المؤرخ في 29 يونيو 1969، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين، المبرمة بين الجزائر و فرنسا، شرط الاحتفاظ بالنظام العام في البلدين. حيث تضمنت هذه الاتفاقية في الفقرة الرابعة منها هذا التحفظ، وجاء فيها " الا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المنابة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة ".

أنظر الأمر رقم 65_194 المؤرخ في 30 ربيع الأول الموافق لـ 29 يوليو 965. المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و فرنسا الجريدة الرسمية المؤرخة في 29 يوليو 1965، عدد 68.

راجع في هذا المعنى مؤلف الدكتور محمد حسنين = التنفيذ القضائي و توزيع حصيلته ،ط 1986، ص 104.

المطلب الثاني / حالة النص في الاتفاقية صراحة على عدم استبعاد أحكام الاتفاقية من طرف القاضي في الدولة الموقعة على الاتفاقية ،حتى لو كانت احكام هذه الاتفاقية تتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولته .

اذا كانت بعض الاتفاقيات تنص على ترك الاحتفاظ بالنظام العام لكل دولة موقعة على الاتفاقية ،فاننا نجد بعض الاتفاقيات على العكس من ذلك تنص على عدم اعمال الدفع بالنظام العام ضد احكام الاتفاقية ، ولو كانت احكامها تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي قد تتضمن الاتفاقية النص صراحة على عدم امكان لجوء القاضي في الدول الاعضاء في الاتفاقية الى استخدام فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الذي تقضي الاتفاقية بتطبيقه ، و حينئذ في هذه الحالة لايجوز للقاضي الوطني الامتناع عن تطبيق احكام الأتفاقية بحجة انه يتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولته .

و من هذه الاتفاقيات التي نصت على تغليب احكام الاتفاقية ولو كانت تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، اتفاقية "بروكسل". المؤرخة في 28 افريل 1968 المتعلقة بالاعتراف المتبادل للشركات و الاشخاص المعنوية والتي وضعت تطبيقا للمادة 220 من معاهدة " روما " ، فبعد ان ذكرت هذه الاتفاقية

---

1 - ANDRE CHAPPELLE = Les Fonctions de l'ordre public en droit Int. privé , THES 1979 P 394

بالمادة التاسعة التي تنص على الشرط التحفظي التقليدي للنظام العام ، حددت حالة لايمكن للنظام العام ان يتدخل فيها ، فنصت كما يلي: " اذا تكونت شركة بمقتضى قانون يسمح بتأسيسها بشريك او مساهم واحد، فانه لا يمكن اعتبار هذه الشركة لنفس السبب متناقضة مع النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص .

"Ne peuvent être consideres comme étant d'ordre public au sens de l'art: 9 des principes au des regles contraires aux dispositions du instituant la communauté économique européenne" .

ART:220 = Si la loi en conformité de laquelle une sociéte s'est constituée admet que celle-ci existe juridiquement si elle n'qu'un seul associe ladite société ne peut pour ce seul motif, être considerée par un état contractant comme contraire à son oredre public au sens de droit international privé .

انظر ANDRE CHAPPELLE المرجع السابق ، ص 394.

ففي حالة نشوب نزاع بين الاتفاقية المذكورة و المبادىء او القواعد لاحد الدول المتعاقدة ، فان احكام الاتفاقية هي التى تغلب ولا يمكن التذرع بالنظام العام في احدى هذه الدول .

و بمعنى اوضح فانه لا يعتد بالنظام العام الداخلي لهذه الدول .

و يمكن الاشارة هنا كذلك الى الاتفاقية المبرمة بين المغرب و فرنسا في 10 أوت سنة 1981 و المتضمنة الاحوال الشخصية و العائلية و التعاون القضائي .

فقد نصت المادة الرابعة من هذه الاتفاقية على مايلي :

" ان قانون البلدين المعين بواسطة هذه الاتفاقية ،لايمكن استبعاده من طرف السلطة القضائية للبلدين اذا كان يظهر عدم توافقه مع النظام العام " (1).

ويعلق السيد (FRANCOIS MONEGER) على شرط النظام العام في هذه الاتفاقية بقوله " انه يتعين على قضاة البلدين بذل مجهودات معتبرة من أجل قبول اختلافات البلدين التى قد تتنافى مع النظام العام لكليهما ، وينتهى الى القول بان هذه المجهودات لا شك في انها تكون صعبة من الطرفين،نظرا للاختلافات المتباينة في الاحوال الشخصية للبلدين .

فالمغرب يطبق الاحوال الشخصية التى يخضعها الشريعة الاسلامية التى تفترض التكامل و الاحترام، و هو اختلاف يبدو كبيرا بين نظام الاحوال الشخصية في البلدين .

ART: 4 = La loi de l'un de deux états designée par la presence convention ne peut être écartée par les juriductions de l'autre état que si elle est manifissement incompatible avec l'ordre public".

...Revue Critique = de deroit inT; privé n° 1 MARS 1984 . P44.

غير أن هذا الفرض لم ينل اجماعا فقهيا ،بل يعارضه جانب كبير من الفقه بالرغم من الاتفاق الصريح على عدم الالتجاء الى استخدام الدفع بالنظام العام ضد قوانينها.

وبرى الجانب الفقهي الذي يرفض هذا الفرض[1]، أنه بالرغم من النص صراحة في الاتفاقية على عدم التجاء القاضي الى الدفع بالنظام العام، فانه رغم ذلك يحق له باعتباره ممثلا للمجتمع و مدركا في نفس الوقت للمفاهيم الاساسية و الجوهرية التي لا يمكن المساس بها بأي حال من الاحوال ،بل للقاضي اذا تبين له من تطبيق الاتفاقية انها تتعارض مع النظام العام للمجتمع الدولى المعاصر الذي يعبر عنه (بالنظام العام العالمي) أ ن يستبعدها من ميدان التطبيق لمخالفتها للمبادىء المتفق عليها في الامم المتحضرة ، مثل القوانين التى تنهض علي اعتبارات عنصرية ،كقوانين جنوب افريقيا التى تسلط الاقلية البيضاء على مجموع السكان السود الاصليين وكذلك القوانين التى تتعارض مع كرامة الانسان وأدميته بصفة عامة، أو اذا كانت احكام الاتفاقية تنطوى على مخالفة لمبادىء العدالة الدولية أو تصطدم بمبادىء القانون الطبيعي، ومن أمثلة ذلك ما حكمت به محكمة السين الفرنسية في 2 فيفرى 1960 من التزام الزوج بالنفقة وبتأمين الحياة المادية لاسرته باعتبار أن هذا التزام تفرضه المبادىء المتعارفة عليها في العالم المتمدين . (2)

رغم أن النظام العام بهذا المعنى يشكل الاطار العام الذي لايجوز للاطراف في الاتفاقية الخروج عنه .

---

1 ـ راجع في هذا المعنى .

ـ فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولى الخاص،ط 1979،ص [illegible]

ـ عز الدين عبد الله = القانون الدولى الخاص، ج 2 ، ط 1977 ، ص [illegible]

2 ـ انظر ذلك في مؤلف . د.فؤاد عبد المنعم رياض، نفس المرجع المذكور .

المطلب الثالث / حالة سكوت الاتفاقية عن النص على أمكان امتناع القاضي في الدولة الموقعة على الاتفاقية عن تطبيق القانون الاجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد في الاتفاقية اذا ماتعارضت أحكامها مع النظام العام لدولة القاضي .

ماهو الحل الذي يتعين اتباعه اذا كانت الاتفاقية الموقعة عليها لا تشير الى حق الاحتفاظ لكل دولة من الدول الاتفاق بحق في أعمال الدفع بالنظام العام ؟

ذهب رأي من الفقه الى القول بعدم امكان التجاء القاضي الى استخدام فكرة النظام العام في هذه الحالة (سكوت الاتفاقية عن الاشارة الى النظام العام) لاستبعاد القانون الواجب التطبيق وفقا لاحكام الاتفاقية . (1)

لأن الاتفاقية قد تفقد فعاليتها اذا ما سمحنا لكل دولة من الدول الموقعة عليها برفض تطبيق أحكام الاتفاقية حين تشاء وبمحض ارادتها ، بحجة تعارض احكام الاتفاقية مع اعتبارات النظام العام كما يقول الاستاذ (L E W A L D).

وعليه و حفاظا على روح الاتفاقية و الهدف الذي ابرمت من أجله يتعين على الدول المتعاقدة أو الموقعة على الاتفاقية عدم ترجيح مفهوم النظام العام السائد في دولتها على احكام الاتفاقية (2)

---

1 ـ وتتعلق هذه الاتفاقية بتطبيق القانون الأساسي لصندوق النقد الدولي

ـ انظر ذلك في: ...DMANE = Revue crit.de D.I.P.Année 1951,P536

2 ـ انظر (JACK MAURY) = المرجع السابق ، ص 100 .

وبالتالي يتعين تطبيق احكام الاتفاقية .

و يضيف الاستاذ لوالد (LEWALD) في هذا الصدد قائلا (1):

"أنه اذا تركنا الامر الى حرية تقدير الدول الموقعة على الاتفاقية في اعمال فكرة النظام العام حسب تقديراتها و مزاجها ، فلماذا نتبع قاعدة تنازع معينة اذا كان للدولة المتعاقدة الحق في ترجيح نظامها العام".

غير أن غالبية الفقهاء لا تشاطر رأي الاستاذ (L E W A L D) بل ترى عكس مايراه تماما ، فيقول الاستاذ (NIBOYET) (2) في هذا المعنى أن سكوت الاتفاقية في هذه الحالة يجب الا يفسر على أنه حرمان للدول المتعاقدة أو الموقعة على الاتفاقية من الاخذ بحقها في الدفع بالنظام العام ، ذلك أن حرمان الدول الموقعة على الاتفاقية من اعمال الدفع بالنظام العام يجعل تطبيق المعاهدة شديد الوطأة على الدول الاطراف في المعاهدة .

ويرى الاستاذ (NIBOYET) في الاخير أن اطراف الاتفاقية تحدد لا ينشغلون اثناء التوقيع على المعاهدة الى مسألة النظام العام في كل دولة على حدة ، نظرا لاختلاف موضوع النظام العام من دولة لأخرى .

---

1 ـ مشار اليه في مؤلف JACK MAURY المرجع السابق، ص 101

انظر في هذا المعنى ، NIBOYET المرجع السابق.

فاذا استثنينا اعتبارات النظام العام من المعاهدة فان تطبيقها يصبح صعبا ، و تفاديا لاثارة مثل هذه الصعوبات في المستقبل ، يجب النظر الى النظام العام على أنه مسألة ضمنية في كل دولة من الدول الموقعة على المعاهدة ، وبالتالي لا يحتاج الى النص عليه في المعاهدة [1].

و الواقع ان هذا الرأي يتماشى وو ظيفة النظام العام في المجتمع فهو يعتبر من المبادىء العامة المستقرة في القانون و المعاهدات و الاتفاقيات و احكام القضاء، ولهذا لا يشترط الاشارة الى تطبيقه من وقت لآخر و في كل حالة ،فهو شرط ضمني اذا لم ينص على استثنائه في الاتفاقية او المعاهدة .

---

1 ـ NIBOYET = المرجع السابق ، ص 56 .

المطلب الرابع / حالة النص في الاتفاقية على اعمال الدفع بالنظام العام في حالات محددة بالنسبة للدول الموقعة على المعاهدة .

قد يحدث أن تنص الاتفاقية في بعض الحالات على استخدام الدفع بالنظام العام في حالات محددة ، تجاه احكام الاتفاقية ، الا أن السؤال يبقى مطروحا ، فيما اذا شان يتعين عدم أعمال الدفع بالنظام في غير هذه الحالات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ؟

ذهب رأي من الفقه الى القول بان الاتفاق على عدم اعمال الدفع بالنظام العام بشأن مسألة أو مسائل معينة جائز ، ذلك أن الهدف من ذكر مثل هذه المسائل و الاتفاق عليها مسبقا ، هو تفادي اثارة مشاكل في المستقبل ، وهذا ما تهدف اليه الاتفاقية في أغلب الاحيان .(1)

غير أن ما تجدر الاشارة اليه هنا هو ، معرفة ما اذا كان الاتفاق بين الدول الموقعة على الاتفاقية بشأن عدم اعمال الدفع بالنظام العام يقتصر أثره على الدول الاطراف في الاتفاقية أم أنه يترتب على هذا عدم امكان اعمال الدفع بالنظام العام بصدد هذه المسألة بشكل مطلق ، أي يتعين عدم اعمال الدفع بالنظام العام حتى في مواجعة الدول الغير أطراف في الاتفاقية

---

1 ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض = المرجع السابق ، ص 210 .

يجيب الاستاذ " فؤاد عبد المنعم رياض " على هذا السؤال بقوله "لاشك أن تنازل احدى الدول المتعاقدة عن تمسكها بحق معين انما هو امتياز تمنحه الدولة الى الدول الاخرى الاطراف في المعاهدة مقابل حصولها على حق مماثل،لذا كان من المنطقي القول بان تنازل الدولة عن التمسك بحق معين في مواجهة الدول الاطراف في الاتفاقية لايعني تنازلها عن هذا الحق بالنسبة لكافة الدول الأخرى .

الا انه يستدرك قائلا،" ان اعمال هذا المنطق في مجال النظام العام بوصفه تعبيرا عن الاسس التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع القاضي لايمكن ان يتجزأ او يختلف باختلاف الدولة المراد تطبيق قانونها ،فهو يتسم بطابع العمومية و الوحدة .

فلو فرضنا أن الاتفاقية تتضمن النص على عدم امكان اعمال الدفع بالنظام العام بالنسبة لاحكام التطليق الصادرة من محاكم الدول الاطراف في الاتفاقية ، فهل معنى ذلك أن الاعتراف باحكام التطليق الاجنبية لم يعد مخالفا للنظام العام أيا كانت الدولة التي صدر فيها الحكم ،أم أنه يمكن اعتبار هذه الاحكام مخالفة للنظام العام اذا ماصدرت من محاكم دولة ليست طرفا في الاتفاقية ؟

---

1 ـ د.فؤاد عبد المنعم رياض = المرجع السابق ص 210.

وبعبارة أوضح اذا قبلت على سبيل المثال دولة (أ) تطبيق قانون
بالرغم من معارضته للنظام العام في دولة (أ) هل يصبح
هذا القانون غير مخالف للنظام العام في باقي الدول الاخرى الت
يطرح امام محاكمها احكام هذا القانون .

ذهب رأي الى القول بشأن هذا النوع من الاتفاق انه يعتبر في حقي
تنازلا من الدول الموقعة على المعاهدة عن التمسك بالنظام الع
في مواجهة بعضهم البعض .(1)

و من هذا المنطلق ،فان هذا التنازل عن اعمال الدفع بالنظام الع
لا يعني بتاتا أن تستفيد منه الدول غير الموقعة على المعاهدة .

غير أن هذا الرأي قد جانبه الصواب ، فالنظام العام في حقيقت
يعني التعبير عن الاسس الجوهرية التي ينهض عليها مجتم
القاضي .(2)

وعلى هذا الاساس،فانه لايمكن تجزئة الدفع بالنظام العام تج
القوانين الاجنبية الواجبة التطبيق بالنسبة لمسألة أو
مسائل معينة ، فاما أن يعتبر المساس بها في دولة القاض
مخالفا للنظام العام ،واما ان تعتبر غير مخالفة للنظام الع
تجاه جميع الدول حتى ولو كانت غير موقعة على الاتفاقي

ED-HOHENVELDERM = L'ordre public Int. et la fraude à la loi·
مشار الى هذا المرجع في مؤلف د عبد المنعم رياض ، = المرجع السابق، ص 91

JACKS MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente :
l'ordre public et la fraude à la loi , ED. 1952.P 110

ان تجزئة النظام العام يعتبر بلا شك تلاعبا بالاسـ
و المبادىء التى ينهض عليها كيان مجتمع القاضي ، فالنظ
العام كما مربنا يتسم بطابع العمومية و الوحدة .
و مما تقدم يتبين أنه ،اذا قامت دولة من الدول التى تـ
التطليق فيما مخالفا للنظام العام لا يجوز القيام به أو ا
به في دولتها ، و لكنها بابرامها معاهدة مع دول معيـ
تلتزم فيها بالاعتراف بأحكام التطليق الصادرة عن محاكم
الاطراف في المعاهدة ،فاذا فعلت ذلك، فانه يفيد أن احكـ
التطليق الصادرة في الخارج لم تعد مخالفة للنظام العـ
في هذه الدولة كما هي الحال بالنسبة لاسبانيا بعـ
تراجعها عن تحريم الطلاق مؤخرا و قد كانت تعتبره فيمـ
مضى مخالفا للنظام العام .
و هذا ما توصلت اليه بالفعل معاهدة (لاهاي) المؤرخـ
في 7 جويلية من سنة 1905 المتعلقة بالاعتراف بالطـ
بعد أن اخذت هذه المسألة نصيبها من النقاش و بعد دراسـ
مستفيضة حولها، اذ طرحت هذه المسألة لاول مرة في مؤتمـ
(لاهاي) بقصد الاعتراف بالطلاق على أن يسرى هذا الاعتـ
ابتداء من يوم الشروع في تطبيق هذه المعاهدة، فاذا كان المشـ
قد سوى بالنسبة للدول الموقعة على المعاهدة، فما هو الحـ
بالنسبة للدول غير الموقعة على المعاهدة ، بشأن طرح تلك الاحـ

JACK* MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi,ED 1952.P135.

و المنازعات أمام محاكمها ؟

لقد أوضحت المادة السابعة من معاهدة (لاهاي) المذك أنه فيما يتعلق بمسائل الطلاق والانفصال الجسماني فانها تصبح سارية المفعول بمجرد النطق بها أمام محكمة مختصة و بالتالي تعد هذه الاحكام مقبولة و معترفا بـ في كل دول العالم مع مراعاة الشروط الواردة في المعاهدة . (1)

و يلاحظ أن ابرام مثل هذه الاتفاقية و غيرها قصد ايجاد حلول موحدة يستجيب و رغبات الدول في التعاون فيما بينها ، و هذا على الاقل من الناحية النظرية ، بالرغم من أن هذه الفكرة لم تطبق في المحا بشكل واسع، لكون هذه الاخيرة تتمتع دائم بسلطة تقديرية في أعمال الدفع بالنظام العا تجاه القوانين الاجنبية .

و على كل و مهما كانت تحفظات المحاكم بشأن مسأل النظام العام فان التعاون بين الدول أصبح ملموس على الاقل فيما يخص هذا الجانب (جانب النظام العا ولو أنه مقصور على اطراف الاتفاقية ،الا أن الام

:7 = Le divorce et la séparation de corps prononcés par un bunal compétente eux terme de l'art 5 seront reconnus partout s la condition que les clauses de la presense convention aient observée ..."

CK' MAURY = L'éviction de la loi normalement compétente l'ordre public et la fraude à la loi, ED 1952. P135.

معقود على تعميم هذا الحل في المستقبل أما بانضمام عدد أكبر من الدول الى هذه الاتفاقية وأما بتعميم هذا الحل بالنسبة لباقي الدول غير الاعضاء في الاتفاقية كنموذجي يشجع على التعاون واقامة الاتحادات المهنية والاقتصادية .

واذا تحقق هذا بشكل واسع، فان ظاهرة النظام العام قد تزول تماما أو على الاقل تخف حدتها في المجال الدولي وذلك عن طريق التقارب بين الدول في مختلف المجالات، وأن كان هذا يصعب تحقيقه في الوقت الحاضر .

المبحث الرابع / آثر تنفيذ الاحكام الاجنبية على اعمال الدفع بالنظام العام .

تحتاج الدول في تنظيم أمورها ، سواء الداخلية منها أو الخارجية الى استعمال وسيلتين أساسيتين :
1- الوسيلة التشريعية أو القانونية .
2- الوسيلة القضائية لحسم المنازعات أو الخصومات التي يحتمل وقوعها .(1)

ونظرا لكون العلاقات الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية بين دول العالم في نمو مضطرد ، فلا بد كنتيجة طبيعية لمختلف تلك الروابط أن تنظر الهيآت القضائية في خصومات و منازعات،أو يطلب منها تنفيذ احكام أجنبية صادرة عن سلطات أجنبية .

وبما أن تنفيذ أي حكم أجنبي سيرتب أو ستترتب عليه اثار معينة قد تكون غير مقبولة في دولة القاضي اذا كانت مخالفة للنظام العام والاداب في دولته.(2)

لذلك يتعين بمجرد تقديم طلب الى هيئة قضائية بتنفيذ حكم أجنبي معين ، القيام بفحص هذا الحكم و التأكد من أنه لايتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولة القاضي كشرط اساسي للقيام بهذا التنفيذ .

---

1 - د. عز الدين عبد الله = القانون الدولي الخاص وتنازع الاختصاص القضائي ط 1977 .

- MOHAND ISAAD = Droit International privé , T2,Ed 1983 P80.

واصبحت معظم الدول تدرج مثل هذا الشرط في اتفاقياتها المتعلقة بتنفيذ الاحكام مع الدول الاخرى .

ولا يفوتنا ان نشير هنا الى ما ذكرناه سابقا ، من ان عملية الدفع بالنظام العام في مجال تنفيذ الاحكام الاجنبية لاتقوم وقت صدور الحكم من قبل الدولة الاجنبية وانما يتعين اعمال الدفع بالنظام العام وقت التنفيذ في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، تماشيا مع طبيعة النظام العام المتسمة بالتغيير و التطور حسب الزمان و المكان .

وهذا ما يعبر عنه الفقه المعاصر بمبدأ " حالية النظام العام " كشرط من شروط التمسك به (1) .

وعلى هذا الاساس ، فاذا اصدرت حكومة أجنبية قرارا يتعارض مع النظام العام ، و طلبت من هيئة قضائية أجنبية تنفيذ هذا الحكم ، و لكن أثناء القيام بالاجراءات الضرورية التى قد تستغرق مدة معينة ، يكون خلالها قد تغير مفهوم النظام العام القديم واصبح المفهوم الجديد لا يتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولة القاضي فيتعين على هذا الاخير القيام بتنفيذ هذا الحكم رغم أن وقت صدوره كان يتعارض مع النظام العام في دولته (2) .

1-BATIFFOL = Droit international privé ,Ed 1981 , P 322

- راجع = د.علي علي سليمان = مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 152

2 - MOHAND ISSAD = Droit international privé,T2,Ed 1983,P81 .

وتجدر الاشارة هنا الى أن السلطة المخولة لهيئة التنفيذ (المحكمة) في حالة مخالفة الحكم الاجنبي للنظام العام هي الامتناع عن التنفيذ ، وليس للقاضي بطبيعة الحال حق مناقشة مضمون القانون الاجنبي لان ذلك يدخل في السياسة التشريعية التى تستقل بوضعها كل دولة على حدة تعبيرا عن سيادتها في وضع القوانين التى تتماشى و النظام العام السياسى و الاقتصادى الذى تنتهجه . (1)

و قد يحدث أن يكون الحكم الاجنبى المراد تنفيذه غير مخالف للنظام العام برمته ،وانما يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي في جزء أو في اجزاء منه فقط كما لو كان الحكم الاجنبي موضوعه دفع مبلغ من النقود ربعه يدفع بسبب استحقاق اوراق تجارية ، و ثلاثة ارباع تدفع بسبب دين القمار مثلا ، فالمحكمة هنا تمتنع عن تنفيذ الجزء الاخير من هذا الحكم لانه يعد مخالفا للنظام العام في دولتها ، و تنفذ الباقي الذى لايتعارض مع اعتبارات النظام العام (2).

اما اذا كان الحكم الاجنبي المراد تنفيذه تأبى طبيعته الانقسام أو التجزئة و يكون مخالفا للنظام العام

---

1 ـ د.فؤاد عبد المنعم رياض = الوسيط في القانون الدولى الخاص ،ط 1974، ص193

2 ـ د. ممدوح عبد الكريم حافظ = القانون الدولى الخاص العراقى،ط 1977،ص121

فالمحكمة هنا في هذه الحالة تكون مضطرة الى عدم تنفيذ هذا الحكم بكامله باسم النظام العام السائد فيها . (1)

وكذلك يعتبر الحكم الاجنبي المراد تنفيذه مخالفا للنظام العام ، اذا تعارض مع حكم سابق (2) أو كانت نفس الدعوى لا تزال مرفوعة أمام القضاء الوطني ، أو اذا كان الحكم الاجنبي المراد تنفيذه في دولة القاضي يتعارض مع المبادىء المشتركة التي يقوم عليها المجتمع الدولي المعاصر ، فلا يجوز طلب تنفيذ حكم أجنبي في دولة متحضرة تقوم على العدالة والمساواة اذا كان هذا الحكم يتضمن فكرة التفرقة العنصرية ، بل للقاضي أن يرفض تنفيذ الحكم الاجنبي اذا تضمنت حيثياته عبارات تجافي الشعور العام في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم .

وعلى هذا النحو رفض القضاء الفرنسي الاعتراف باثار حكم صادر من احدى المحاكم الالمانية تضمنت حيثيات عبارات تمس بكرامة المرأة الفرنسية . (3)

كذلك ،اذا كان الحكم الاجنبي لم يحترم الضمانات الاساسية لحقوق الدفاع وفقا للمفهوم السائد في دولة القاضي

---

1 ـ د.علي صادق هشام = تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط 1974 ، ص 326 .

2 ـ د.محمد حسنين = طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائري ط 1982، ص 178.

3 ـ فؤاد عبد المنعم رياض = المرجع السابق ، ص 201.

المطلوب منه الامر بالتنفيذ فيعد ذلك مخالفا للنظام العام في هذه الدولة[1] .

وعلى ذلك فلا يجوز في مصر كما في الجزائر تنفيذ الحكم الاجنبي اذا اخل بحقوق الدفاع ، حتى لو كان القاضي الذى اصدر الحكم أو قام بالتنفيذ قد اتخذ الاجراءات التي يتطلبها قانونه ، بل ويرى البعض أنه يمكن القول لو كان الاخلال بحقوق الدفاع قد تم نتيجة لمخالفة الاجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة التى تتبعها المحكمة التي اصدرت الحكم فان الامتناع عن تنفيذ الحكم في هذه الحالة يبدو أمرا طبيعيا دون حاجة الى استخدام فكرة النظام العام[2] .

وفيما يتعلق بتنفيذ الاحكام الأجنبية ، فقد اشترط المشرع الجزائرى ان تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضى الجزائرية .
هذا ما صرحت به المادة 325 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى اذ نصت هذه المادة على ان ، الاحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية و العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضى الجزائرية الاوفقا لما يقضى بتنفيذه من احدى جهات

1- انظر فى هذا المعنى : الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقى = نحو توحيد الشروط الاساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى دول الاتحاد ،منشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة ،س 17 ، العدد 4 ، ط 1973 ، ص 945 .

2- د. على صادق هشام = تنازع الاختصاص القضائى الدولى ،ط 1972 ، ص 232 .

القضاء الجزائرية دون اخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من احكام مخالفة ."

و يتضح لنا جليا من هذه المادة ،ان القاعدة في التشريع الجزائرى، هي ان الحكم او السند الرسمي الأجنبي الواجب التنفيذ في دولته لايكون صالحا بذاته لاجراء التنفيذ بمقتضاه في الأراضي الجزائرية، بل لا بد أن يكون ممهورا بالصيغة التنفيذية من احدى الجهات القضائية الجزائرية ولا ينفذ الا في حدود ما تقضي الجهة القضائية الجزائرية بتنفيذه بعد مراجعة صحة تطبيق القانون الأجنبي الاجرائي والموضوعي على القضية المطروحة .

ويجب ان يكون هذا الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر غير مخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر و غير متعارض مع حكم قضائي صادر في الجزائر وحائز لقوة الشيء المقضي فيه .

ويعرف هذا الاسلوب الذى تنتهجه الجزائر "باسلوب المراجعة أو المراقبة (SYSTEME DE REVISION) المعمول به في القضاء الفرنسي، (1)

غير ان المادة المذكورة أعلاه قد اشارت الى حالة خاصة، وهي أنه اذا كانت هناك اتفاقيات دولية بين الجزائر ودولة أجنبية الصادر منها السند المطلوب تنفيذه ،وكانت الاتفاقية تقضي بغير ذلك فتتبع احكام تلك الاتفاقية (2).

---

1 ـ م . د . محمد حسنين = التنفيذ القضائي ، ط 1986 ، ص 102 .

2 ـ راجع امر 65 ـ 194 المؤرخ في 30 ربيع الاول الموافق، ل 29 يوليو 1965 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و فرنسا.

ويمكن ان نذكر مثال لذلك " الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و فرنسا و الرسائل المتبادلة المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي .

فقد نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على ان " القرارات الصادرة حسب الاختصاص القضائي و الاختصاص الولائي في الامور المدنية و التجارية عن المحاكم المنعقدة في الجزائر أو فرنسا تحوز حكما قوة القضية المقضية في بلدة الدولة الاخرى اذا توفرت فيها جملة من الشروط ....) :(1)

وسأكتفي فقط بالاشارة الى شرط النظام العام .

فقد ورد في هذه الاتفاقية " الا يتضمن القرار مايخالف النظام العام الخاص بالدولة المنابة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة ، ولا يجوز أن يكون هذا القرار متعارضا مع قرار قضائي صادر في هذه الدولة وحائز بالنسبة لها قوة القضية المقضية ".

ونصت المادة الثانية من هذه الاتفاقية " ان القرارات المنوه عنها في المادة السابقة لايسوغ تنفيذها الا بعد التصريح بقابليتها للتنفيذ في بلد القاضي المطلوب منها التنفيذ " .

كما يشترط في تنفيذ الاحكام الأجنبية في الجزائر أن تكون

---

1 - انظر أمر 65 - 194 ، المؤرخ في 29 يوليو 1965 ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 68 .

مسببة ، لأن الحكم الأجنبي لايمكن تنفيذه في الجزائر الا اذا كان قابلا للتنفيذ ، و حتى يكون قابلا للتنفيذ يجب ان تتوفر فيه جملة من الشروط ، ومن بينها اضافة الى ما ذكرت ان يكون مسببا ، ويقصد بتسبيب الاحكام كما عرفه الاستاذ (بحي بكوش) ذلك الجزء من الحكم الذى يبين فيه القاضي العلة التى من أجلها اصدر قراره أو الزامه بالشكل المعين وليس بالشكل الآخر . (1)

وقد نص المشرع الجزائرى على وجوب تسبيب الأحكام في المواد 38 / 3 / من قانون الاجراءات المدنية التى تنص .... وتعليل الاحكام واجب .....)
وفي المادة 144 من نفس القانون بالنسبة لقرارات المجالس القضائية ،وفى المادة 264 بالنسبة لقرارات المجلس الأعلى امـا فى المادة 325 ،فقد اشترطت فى الحكم الأجنبي كما ذكرنا ان يكون قابلا للنفيذ ،وحتى يكون قابلا لتنفيذ ، فلابد منتوفر جملة من الشروط ومنها أن يكون مسببا لأن الجزائر كما ذكرت اخذت بنظام المراجعة او المراقبة ، وما دام الأمر كذلك فلابد ان تكون الاحكام الأجنبية المراد تنفيذها فى الجزائر مسببة ، لأن تسبيب الأحكام مسألة تتعلق بالنظام العام .

غير ان القضاء الحديث يبد وانه قد تراجع عن هذا الاتجاه و اجاز

---

1 ـ د . يحي بكوش = الاحكام القضائية وصياغتها الفنية ،ط 1984، ص 34

تنفيذ الاحكام الاجنبية التي لا تتضمن تسبيبا للنتيجة التي انتهت اليها ما دام القانون الاجنبي لا يستلزم من القاضي المطلوب منه الامر بالتنفيذ الكشف عن الاسباب التي اسس عليها الحكم . (1)

وقد أقرت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها هذا الرأي حينما رفضت الطعن الذي نعى على الحكم المطعون فيه قضاءه بتنفيذ حكم أجنبي صادر من محكمة الخرطوم العليا بالسودان أنه رغم خلوه من الاسباب الواقعية و القانونية بما يجعله باطلا طبقا للمادة 347 من قانون المرافعات المصرى (القديم) لتعلق هذه المسألة بالنظام العام في مصر ، فقد أكدت محكمة النقض المصرية في معرض رفضها للطعن أن خلو الحكم الصادر عن القضاء السوداني من بيان الاسباب التي اسس عليها لا يمنع من جواز تنفيذه في مصر مادام قانون المرافعات السوداني لم يشترط اشتمال الحكم على اسبابه وجاء في حيثيات المحكمة أنه (لا يقدح في ذلك ماقضت به المادة 347 من قانون المرافعات المصرى من وجوب اشتمال الاحكام على كل الاسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة . ذلك ان الخطاب بهذا النص متعلق بالاحكام التي تصدر في

---

1 ـ د . على صادق عشام = المرجع السابق ، ص 233 .

مصر طالما أنه لم يثبت أن تبادل الاحكام بين الدولتين يتطلب المراجعة[1] .

ويلاحظ الفقه الفرنسي بحق ان فكرة النظام العام فى نطاق تنفيذ الاحكام الاجنبية يجب ان يكون محصورا فى نطاق اضيق من نطاق اعمال هذه الفكرة عند تطبيق القوانين الاجنبية .

فلو كان النظام العام يحول فى بعض الفروض دون الاعتراف بالحق الناشىء تطبيقا للقانون الاجنبي ، فان تنفيذ الحكم الاجنبي الذي قرر هذا الحق بالفعل قد لايتعارض بالضرورة مع النظام العام .

ومما سبق يتضح لنا مدى أهمية الاحكام الاجنبية وتأثيرها على الرأي العام في دولة القاضي والاثار التي تترتب عليها مما يتطلب من القاضي أن يكون حريصا على فحص هذه الاحكام عندما يطلب منه تنفيذها وتوقعه للاثار التي ترتبها في بلاده .

وقد نصت معظم دول العالم على التمسك بالنظام العام كشرط لتنفيذ الاحكام الاجنبية التي تتنافي مع اعتبارات النظام العام فيها من ذلك ماصرحت به اتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية لجامعة الدول العربية في اعطائها الحق للدول الاعضاء في جامعة الدول العربية بحقها في الدفع بالنظام

---

1 ـ راجع د. على صادق هشام = المرجع السابق ، ص 224 .

2 ـ انظر = د. بكرالدين عبد المنعم شوقى = نحو توحيد الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى دول الاتحاد ،مجلة ادارة قضايا الحكومة ، س 17 ، العدد 4 ، ص 942.

العام ، ضد الاحكام الأجنبية التى تتعارض مع النظام العام في هذه الدول نجد أن أشارت الاتفاقية في مقدمة ميثاق الجامعة العربية الى سبل التعاون و القضايا التى يمكن أن تثار بشأنها منازعات في احد الاقطار العربية ، نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الاتفاقية الى حق احتفاظ كل دولة من دول الاعضاء بنظامها العام .

فنصت على أنه لا يجوز للسلطة المختصة في الدول المطلوب منها التنفيذ أن ترفض تنفيذ الحكم ، الا اذا كان مخالفا للنظام العام أو الاداب ، في الدولة المطلوب منها التنفيذ وهي صاحبة السلطة المطلقة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض مع النظام العام فيها . (1)

و يتضح لنا جليا من هذه المادة،أن اعتماد الشرط التحفظي للنظام العام الذى تعتبره كل دولة متعلقا بمصالحها العليا الاساسية لايمكن تعيينه أو تحديده مسبقا ، وانما يكون ذلك من اختصاص الهيئة التنفيذية في الدولة المطلوب منها التنفيذ .

وما تجدر ملاحظته هنا ، هو أن على الهيئة التنفيذية في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، أن تراعى بحق معارضة الحكم للنظام العام وقت الأمر بالتنفيذ ،طبقا لمبدأحالية أو معاصرة النظام العام . (2)

---

1 ـ د.عز الدين عبد الله = محاضرات في اتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية ط 1968 ، ص 50 .

2 ـ د. بدر الدين عبد المنعم شوقي = المرجع السابق ، ص 941.

كما قضت المادة الثالثة من اتفاقية جامعة الدول العربية في الفقرة الخامسة ، بأنه يتعين على السلطة المطلوب منها تنفيذ حكم محكمين صادر من احدى دول جامعة الدول العربية ، الاعضاء في الاتفاقية أن ترفض الطلب الا اذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الاداب العامة في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك ، وعدم تنفيذ ما يتعارض مع النظام العام أو الاداب فيها (1).

وقد أوضحت هذه المادة كذلك احتفاظ كل دولة بما يعتبر من النظام العام الذي لايمكن المساس به ، كشرط تجب مراعاته عندما يطلب تنفيذ حكم المحكمين . و السلطة صاحبة التنفيذ لها السلطة التقديرية لمسألة النظام العام ، سواء كان قرار المحكمين يتعارض جزئيا أو كليا مع النظام العام ، وعلى المحكمة استبعاد القرار، اذا كان يخالف النظام العام كليا ، أو استبعاد الجزء المخالف له ، اذا كان يتعارض مع النظام العام في جزء منه فقط . (2)

---

1 ـ د . عز الدين عبد الله = المرجع السابق ، ص 50 .

2 ـ د . بدر الدين عبد المنعم شوقي= المرجع السابق ، ص 941.

وبهذا تكون اتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية لجامعة الدول العربية قد ساهمت في حل مشكلة تنازع القوانين عن طريق وضعها لهذه الأتفاقية وتوقعها لمسألة النظام العام وتركت تقديرها للدول الاعضاء فيها.

وهذا حل يتفق الى حد كبير مع طبيعة النظام العام المتغيرة باستمرار حسب الزمان و المكان .

الخاتمة / حقيقة الدفع بالنظام العام
في القانون الدولي الخاص.

يتضح لنا مما سبق عرضه، ان موضوع النظام العام يعتبر من اكثر المواضيع في القانون اتساعا وتعقيدا،لكونه يرتبط بجميع فروع القانون .
وقد استعصى على كل من الفقه و القضاء منذ القدم ان يوفق في ايجاد تعريف او معيار متفق عليه للنظام العام .
ولعل السبب الرئيسي في ذلك يعود بالدرجة الأولى الى طبيعة النظام العام نفسه، فهو يتسم بالتغيير و التطور في آن واحد ، وهذا يحول دون تمكين الفقه و القضاء من تحديد مضمونه او ايجاد تعريف جامع له ، بل يرى البعض ان تحديد النظام العام من شأنه أن يعرقله عن اداء وظيفته ،كاداة لتحقيق التطور الاجتماعي ، وكل ما استطاع الفقه ان يفعله ازاء موضوع النظام العام ان يعرفه بمضمونه فحسب تاركا للقاضي امر تحديد الحالات التي تعتبر من النظام العام .
غير ان ذلك ليس في الوسع كما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، نبذ فكرة النظام العام ، دون ان يستتبع ذلك اطراح ما توطد من التقاليد و هو المنفذ الرئيسي الذي تجد منه التيارات الاجتماعية

و الاخلاقية سبيلها الى النظام القانوني لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة و الحياة .

و لا شبهة في ان القاضي باعتباره الممثل للافكار الاجتماعية السائدة في مجتمعه ان يتوفر لديه الادراك و الاحساس لما قد يهدد النظام الاجتماعي والقانوني لمجتمعه ، ولذلك لم يكن هناك معيار موضوعي للنظام العام ، وانما يتعلق الامر بفكرة اجتماعية يجب ان يحسها القاضي بشعوره الاجتماعي المرهف و هو نادرا ما يخطئ في هذا الموضع و هذا هو الدور الذي قام به القضاء في مختلف دول العالم في هذا المجال (مجال التطور و الابداع لفكرة النظام العام) من ذلك على سبيل المثال ماقام به القضاء في فرنسا ، اذ قام هذا الأخير بتحويرفكرة النظام العام و تطويرها ، وجعلها تستجيب و المستجدات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية لبلده و يظهر ذلك على وجه الخصوص مما فعله في نطاق القانون الدولي الخاص ، بحيث تغيرت معالم اثبات البنوة و الطلاق و الزواج و تنظيم حق استعمال الملكية و التشريع الاجتماعي بصفة عامة .

اذن ، فالنظام العام بالنظر الى هذا الاعتبار ،ليس فكرة قانونية ،بقدر ما هي فكرة اجتماعية ، ذلك

ان النصوص القانونية قد لاتحتويها ، لكون مفهوم النظام العام قد تعبر عنه المبادىء التي يعتنقها ضمير المجتمع في لحظة معينة ، حتى ولو لم تتضمنها النصوص . وهذه الخصيصة النسبية للنظام العام ، هي التي حالت دون تعريفه ، حتى يبقى يستجيب للتطور الاجتماعي من شتى نواحيه .

اضافة الى ذلك ارتباط النظام العام بكل دولة على حدة واختلافه من دولة لأخرى .

ولقد ترتب على عدم الاتفاق على تعريف موحد للنظام العام وبالتالي عدم تحديده ، ان ثار خلاف شديد حول مفهومه ، مما أدى بالبعض الى تقسيمه الى نظام عام دولي و نظام عام داخلي أو نظام عام مطلق و نظام عام نسبي .

وقد تبين لنا ان هذه التفرقة التي استعملت في الدفع بالنظام العام ، انها غير صحيحة في الواقع العملي . فالدفع بالنظام العام من الممكن أن تتعدد وظائفه و لكن لا يتعدد موضوعه ، فموضوع النظام العام دائما واحد وهو حماية الاسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي .

بقي ان نشير في النهاية الى ان اهمية دور النظام العام في القانون تتوقف على النظرة السائدة في مجتمع

معين و في عصر معين ، وهذه النظرة هي التي تحدد دور النظام العام و اهميته ، فقد ينظر الى النظام العام على انه مبدأ او قاعدة ، و قد ينظر اليه كاستثناء لا يجوز التوسع في الدفع به الا للضرورة و بالقدر الذي تسمح به تلك الضرورة ، و الفرق واضح في النظرتين .

فاذا نظر الى النظام العام كمبدأ او قاعدة قانونية فان معنى ذلك يصبح الدفع به هو القاعدة ، و هنا يضيق مجال تطبيق القوانين الأجنبية الى حد الامتناع عن تطبيقها و في هذا ولا شك يسبب اضرار بالتعاون الدولي في شتى المجالات، وهذا ما كان سائدا في عهد مانشيني ، مؤسس المدرسة الايطالية الحديثة الذي اعتبر معظم القوانين اقليمية اي متعلقة بالنظام العام وقد رأينا مدى خطأ هذه النظرة الى النظام العام ، لكونها ضيقت بل و شددت الخناق على تطبيق القوانين الأجنبية ، مما نتج عن هذه النظرة التعصبية انكماش في التعاون الدولي ، بصفة عامة [illegible] و مصالح الافراد بصفة خاصة ، اما اذا كان ينظر الى النظام العام على انه دفع استثنائي يلجأ اليه

القاضي فقط عندما يتعلق الأمر بالمساس بالمصالح الاساسية او الجوهرية لدولة القاضي فان مجال الدفع به يكون ضيقا ، وهذه هي النظرة السائدة حاليا للنظام العام في الدول المعاصرة .

وهذا ما نريد ان نؤكد عليه ، ذلك ان استعمال الدفع بالنظام العام ، يجب ان يكون الاسباب جوهرية أو اساسية فقط أي عندما يتعلق الأمر بالاسس الاقتصادية أو السياسية او الدينية او الحضارية لمجتمع القاضي .

اضافة الى هذه الاعتبارات يجب على القاضي عند تقريره اعمال الدفع بالنظام العام ان يضع في اعتباره التعامل الدولي و العلاقات المختلفة التي تربط بلاده بالبلدان الاخرى ، أي يجب عليه (القاضي) ان يتوقع المعاملة بالمثل (LA RECEPRECITE) و تأسيسا على ذلك ، يجب على القاضي ان يجرى موازنة عند اعماله الدفع بالنظام العام بين المصالح الوطنية و المصالح الدولية على ضوء العدالة المنشودة في كل النظم القانونية المتحضرة في مختلف بلدان العالم ، متخذا في ذلك مقياس المعيار الموضوعي ، لا المعيار الشخصي او الذاتي لميوله و معتقداته الشخصية .

فالنظام العام ، يجب ان يكون " مبنيا على المنطق و المصلحة و الضرورة وبالنظر الى ذلك يجب ان تكون وظيفة النظام العام

مقرونة بحضث شيان مجتمعي القاضي من أي نـ...
قد تهدد امن ونظام مجتمعه ، وهو بهذه المثابة ...
عن صمام أمن (SOUPAPE DE SECURITE) يستعمل فقط في حال
ما اذا كان النظام القانوني للدولة مهددا ،كما يستعمل
السلاح في الدفاع الشرعي .
كل هذه المقاييس تتطلب من القاضي ان يكون متفتحا
و متفهما لحاجات القانون الدولي الخاص ،واعيا و مدركا
لواقع مجتمعه و المجتمع الدولي حوله بصفة عامة .
و نظرا لافتقار النظام العام الى معيار محدد يستند عليه
القاضي ،فيجب عليه (القاضي) ان يستعمل كيفيات متناهية
في الدقة و الذكاء و التأمل حتى يستطيع المحافظة على حماية
مجتمعه من كل النظم الأجنبية التي قد تهدد مجتمعه
من جهة ، والمحافظة على اقامة التعاون في مجال العلاقات
الدولية الخاصة من جهة أخرى .
فليس كل اختلاف بين احكام قانون القاضي واحكام القانون
الأجنبي الواجب التطبيق يستطيع بالضرورة استبعاد أحكام
هذا الأخير (القانون الأجنبي) بحجة معارضته للنظام العام
لدولة القاضي .
ففكرة الدفع بالنظام العام لا يكون الاعند
الاختلاف الجذرى المبني على تعارض فلسفة القانونين الى
حد التصادم أو التعارض الشديد بينهما .

وبعبارة أخرى هناك قدر وافر من التسامح يجب ان يسود بين التشريعات لكي تتعايش فيما بينها ، وتتبادل تطبيق القوانين رغم اختلاف احكامها ولكن وراء هذا القدر من التسامح تنهض الحدود التي لا يقبل القاضي ان يتعداها أحد ، و هذه الحدود هي ما اصطلح عليها بالاسس الاساسية او الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي .

وبهذه الكيفية يصبح القاضي في هذه الدائرة دائرة النظام العام ، عامل تطور و مساهم في عملية حل مسائل تنازع القوانين و حارسا للاهداف السياسية التشريعية التي وضعها مشرعه .

-0- المراجع المعتمدة في البحث -0-

أولا : المراجع باللغة العربية /

المؤلف	عنوان الكتاب	الجزء	تاريخ الطبع	مكان الطبع
أحمد مسلم	الوجيز في القانون الدولي الخاص المقارن	-	1969	القاهرة
أحمد سلامة	الاحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين	-	ط4. 1965	القاهرة
أنور العمروسي	التعليق على نصوص القانون المدني المعدل لمذاهب الفقه و القضاء الحديث في مصر والاقطار العربية	-	1970	منشأة المعارف . الاسكندرية
أنور سلطان	الموجز في المصادر الالتزام	-	1983	" "
جابر جاد عبد الرحمان	تنازع القوانين	-	1969	القاهرة
جميل الشرقاوي	الاحوال الشخصية لغير المسلمين .	-	ط2. 1966	دار النهضة العربية
حسن الهداوي	تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي .	-	ط2. 1972	بغداد
محمد حسنين	التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الاجراءات المدنية الجزائري	-	1986	مكتبة الفلاح الكويت
ممدوح عبد الكريم حافظ	القانون الدولي الخاص	-	ط2. 1977	بغداد
د. فؤاد عبد المنعم رياض / اسامية راشد	الوسيط في القانون الدولي الخاص	2	1974	القاهرة . دار النهضة العربية

المؤلف	عنوان الكتاب	الجزء	تاريخ الطبع	مكان الطبع
د. فؤاد عبد المنعم رياض د. سامية راشد	الوجيز في القانون الدولي الخاص .	-	1975 ط	بيروت
د. عز الدين عبد الله	- القانون الدولي الخاص	2	1977	اسكندرية
" "	- القانون الدولي الخاص وتنازع الاختصاص القضائي .	-	1977	دار النهضة العربية .
" "	- محاضرات في اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية	-	1968	معهد البحوث والدراسات العربية
د. علي الزيني	القانون الدولي الخاص	1	1928	مطبعة الاعتماد مصر .
د. علي علي سليمان	مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري	-	1984 ط1	ديوان المطبوعات بالجزائر .
" "	" " "	-	1986 ط2	" " "
عبد الحميد أبو هيف	القانون الدولي الخاص في أوروبا و مصر .	-	1927	القاهرة
د. نسيم أدمون	الوجيز في القانون الدولي الخاص.	-	1967	بيروت
د. هشام علي صادق	- دروس في القانون الدولي الخاص	-	1986	بيروت
	- تنازع القوانين	-	1974 ط3	اسكندرية
	- الاختصاص القضائي الدولي	-	1972 ط2	منشأة المعارف الاسكندرية
د. سليمان مرقس	شرح القانون المدني	2	1964	الاسكندرية
د. السنهوري	مصادر الالتزام	1		القاهرة
د. يحيى بكوش	الأحكام القضائية وحجيتها الثبوتية .	-	1984	المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر

ثانيا : الدوريات /

المؤلف	عنوان المجلة	الموضوع	العدد	السنة	مكان الطبع
عبد الوهاب خلاف	مجلة القانون والاقتصاد	تفسير النصوص وتأويلها .	2	1948	مصر
عز الدين عبد الله	مجلة مصر المعاصرة	–	–	س/62 1971	مصر
صلاح الدين عبد الوهاب	المحاماه	الدفع بالنظام العام في مواريث الاتراك	9	1937	مصر
علي صادق هشام	مجلة ادارة قضايا الحكومة .	تعليقات على الأحكام المصرية .	4	س/14 1970	مصر .
ممدوح عبد الكريم حافظ	مجلة القانون والاقتصاد .	مبدأ النظام العام وتنازع القوانين .	2/1	1968	جامعة البصرة
أحمد صادق القشيري	مجلة القانون والاقتصاد	نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص	2/1	1968	جامعة عين شمس
بدر الدين عبد المنعم شوقي	ادارة قضايا الحكومة .	نحو توحيد الشروط الاساسية لتنفيذ الاحكام الأجنبية في دول الاتحاد .	4	س/17 1973	القاهرة
عبد الناصر توفيق العطار	مجلة ادارة قضايا الحكومة .	شروط تطبيق الشريعة الأسلامية على طلاق المصريين غير المسلمين .	14	1970	القاهرة

ـ التشريعات الجزائرية المعتمدة في البحث ـ

ـ القانون المدني الجزائري لسنة 1976 ، ط 1984 وزارة العدل .

ـ قانون الأجراءات المدنية لسنة 1966 ، ط 1984 وزارة العدل .

ـ قانون الاسرة الجزائري الصادر في سنة 1984 ديوان المطبوعات الجزائر

ـ وثائق للاطلاع .

ـ الميثاق الوطني الجزائري لسنة 1986 ،(الجريدة الرسمية رقم 7)

ـ الدستور الجزائري لسنة 1976 .

-O- OUVRAGES GENERAUX -O-

المراجع العامة

ثانيا : المراجع بالفرنسية

AUTEUR	TITRE	EDITION	LIEU
DERRUPE (JEAN)	Droit Int. Privé	1978	P A R I S
ELGENDDAWY (K)	Relation entre systémes Confessionnelle et laique en droit Int. privé.	1971	LIBRAIRIE DALLOZ
ISSAD MOHAND	Droit Int. privé	1980	A L G E R
" "	Le jugement et etranger devant le juge de l'exécuteur de la révision en controle.	1968	LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT JURISPRUdence
FRANCECAKIS (PH)	Le Renvoi	1959	P A R I S
FRENC MAJORS	Le Droit Int. privé	1975	SAINT GERMAIN
GRAULICH (PAUL)	Introduction à l'étude de droit Int. Privé	1978	P A R I S
LIRBOURS (P)	Droit Int. privé	1972	P A R I S

AUTEUR	T I T R E	EDITION	LIEU
MALAURIE (PH)	L'ordre Public et le contrat	1962	U.R.S.S
MAYER (P)	Droit Int. Privé.	1977	P A R I S
MERCIER (P)	Conflit de Civilisation et Droit Int'. privé.	1972	U.R.S.S
NOBOYET	Cours de Droit Int.privé	1949	P A R I S
REGAUX	Droit International Privé	1968	BRUXEULLE
VENDER ELST (R)	Droit International Privé Belge et Droit Conventionnel International.	1983	BRUXELLE

2 ـ المـراجـــع الخـــاصـــــــة /

2- OUVRAGE SPECIEUX :

L' A U T E U R	T I T R E	EDITION	L I E U
CHAPPELLE andre	Les Fonctions de l'ordre public en droit international privé .	THESE 1979	PARIS
LAGARDE PAUL	Recherches sur l'ordre public en droit international privé .	1959	PARIS
JACK MAURY	L'éviction de la loi normalement compétente :l'ordre public et la fraude à la loi .	1952	PARIS .

REVUES CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE.

AUTEUR	T I T R E	NOMBRE	ANNEE	LIEU
CREMEDES (JEAN)	La Reconnaissance en espagne des decisions et des Actes Authentiques.	01	1984	PARIS
DE ANGULO RODREGUEZ (M)	Du Moment auquel il faut se placer pour apprecier l'ordre public en droit Int. privé.	03	1972	UNIVER GRENA
FRANCECAKIS (P)	Quelques précisions sur les lois d'application "IMMEDIATE" et leurs Rapports avec les regles de conflits de la lois	07	1976	P A R
MAURY (JCQUE)	L'ordre public en droit Int. privé. FRANÇAIS et en droit Int. privé ALLEMEND	01	19 54	P A R
MONGER (F)	Ligue des états Arabes Droit Int. privé. projet code unifié.	01	1984	P A R
VITA EDOARDO	L'ordre Public en matiére de divorce et du nullités de Mariage.		1965	P A R

- 0 - فهرس - 0 -

ملحق تصحيح اخطاء الطبع

خطأ	صواب	السطر	الصفحة
المفاهم	المفاهيم	16	03
الاخر	الآخر	06	08
نطمهم	نظمهم	12	08
استبععادها	استبعادها	09	06
النضام	النظام	17	12
سبب	لسبب	09	13
Pergrin	Pérégrin	21	9
Bartein	Bertrand	08	18
Häber	Huber	08	22
International	Internationale		23
اعتباره	باعتباره	13	30
تمي	تنتمي	هامش 1	35
فقه	الفقيه	"	"
الملأمة	الملاءمة		52
بوضغ	بوضع	13	55
تعلق	يتعلق	03	58
استاذ	الاسناد	05	72
ون	وبني	15	86
التعريض	التعويض	13	10
Peut Regoreuse	Peut Rigoureuse	01	101
Francecakis	Francescakis	هامش 1	102
Fraaus Omnit	Fraus Omnia	10	110
مرر	وبمرور	01	115
Lerbours	Lerebours	14	120
Imperiensement	Imperieusement	12	128
Lexloci delicité	Lex Loci Delicti	10	134
Dianostique	Diagnostique	•	139
Lerbours	Lerebours	هامش 1	144
Empêchement	Empêchent	10	148
L'égalément	Légalement	13	
L'exequeteur	L'exequatur	هامش 1	149

ملحق تصليح اخطاء الطبع

خطأ	صواب	السطر	الصفحة
ديـة	الحديثة	هامش 1	154
جيـز	يجيز		162
تعـارض	متعارضا	1	165
Lerbours	Lerebours		173
ـر	كشيرة	15	174
شـل	يتمشل		178
لأمـة	الملاءمة		184
Francecakis	Francescakis		198
روف	الظروف		149
رى	البصرة	هامش 1	206
Limité	Limitèr	15	205
Droit	Drois	16	
دأ	يستند		218
ـة	عليه		219
Religeuex	Religieux	04	220
Goldmane	Goldman	هامش 1	239
Reciprecité	Reciprocité	13	265